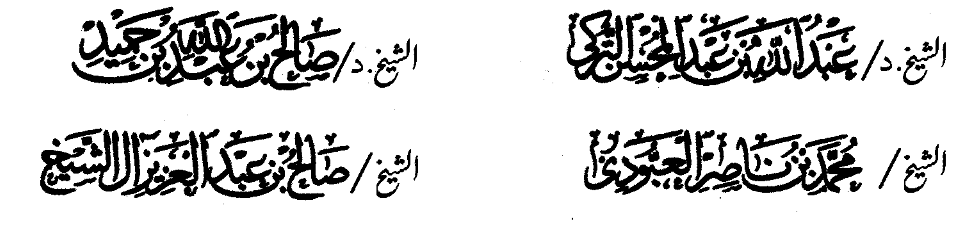


تقديم أصحاب المعالي



تأليف

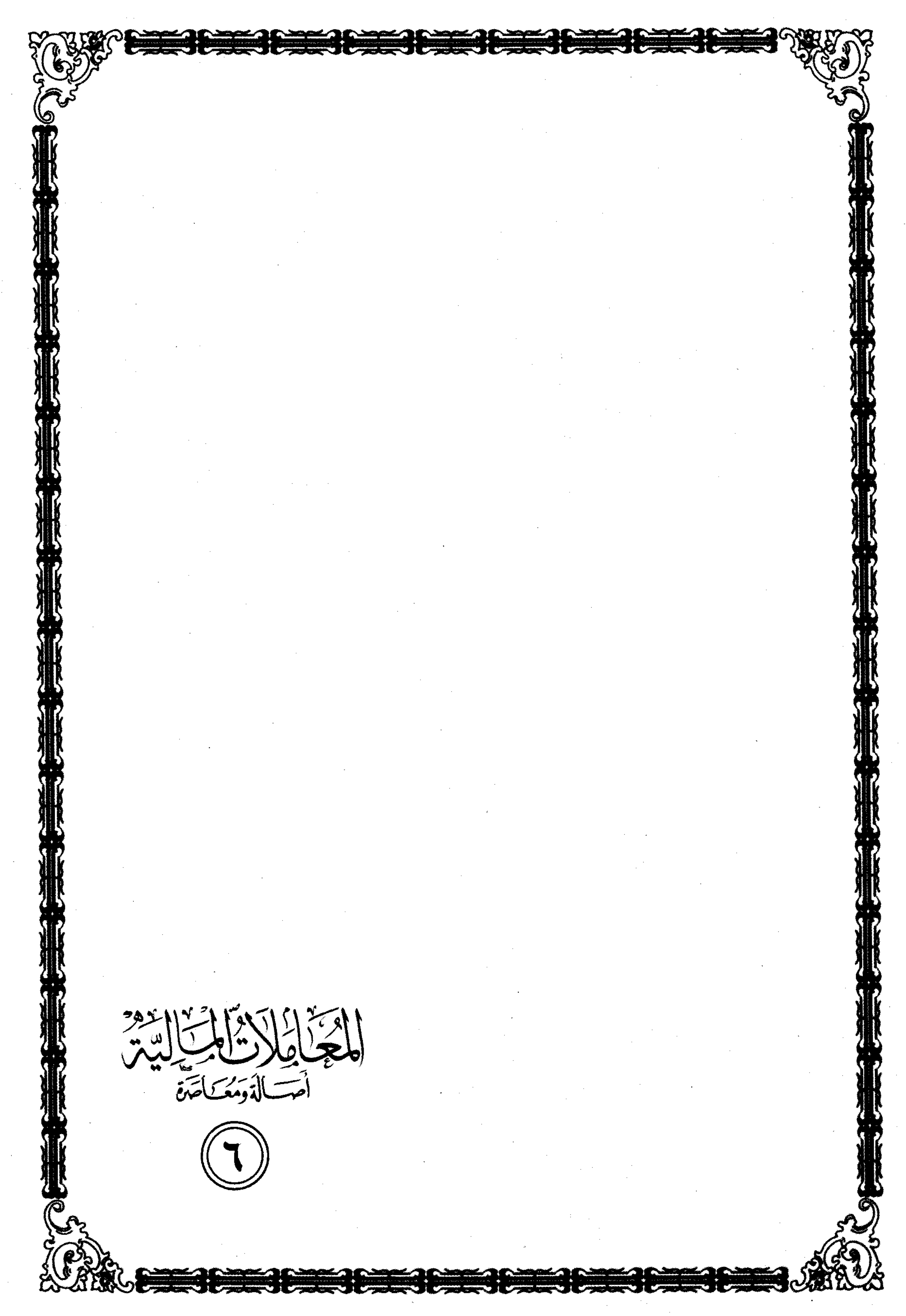
دبيان بن محمد الدبيان

المجلد السادس

ح دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الدبيان، دبيان محمد
المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. /دبيان محمد الدبيان .-
الرياض، ١٤٣٢هـ
٥٢٤ص ؛ ١٧×٢٤سم.
ردمك: ٨ ـ ٧٤٨٠ ـ ٠٠ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة) ج٦
١ ـ المعاملات (فقه إسلامي) أ.العنوان
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

١٤٣٤ هـ
الطبعة الثانية

للطلب الاتصال
بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي
ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤


المعاملات المالية
أصالة ومعاصرة
٦



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو المجلد السادس من عقد البيع، وقد خصصته لدراسة الخيار في عقد البيع، ولما كان الخيار في العيب مباحثه متشعبة وتقسيماته كثيرة فضلت أن أجعله كتابًا بدلًا من كونه بابًا من أبواب عقد البيع، وقسمت هذا الكتاب إلى أبواب وفصول ومباحث وفروع على الطريقة السابقة، وقد قسمت الخيار إلى نوعين:

خيار بسبب التروي، وخيار بسبب النقيصة، واستوعب هذا المجلد كامل **خيار التروي** بأنواعه الثلاثة:

خيار المجلس، وخيار **الشرط**، وخيار الرؤية.

وتناولت فيه أيضًا من خيار النقيصة خيار العيب، وخيار فوات الوصف أو الشرط، وسوف يستكمل خيار النقيصة إن شاء الله تعالى في مطلع المجلد السابع، أسأل الله ﷻ العون والتوفيق.

وستكون الخطة في هذا المجلد على النحو التالي:

كتاب: الخيار في البيع.

التمهيد: ويشمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الخيار.

المبحث الثاني: في أنواع الخيار.

الفصل الأول: في خيار العيب.

المبحث الأول: تعريف خيار العيب.

المبحث الثاني: حكم كتمان العيب.

الفرع الأول: الحكم التكليفي لكتمان العيب.

الفرع الثاني: الحكم الوضعي لكتمان العيب.

المبحث الثالث: العقود التي يدخلها خيار العيب.

المبحث الرابع: خيار العيب يثبت بلا اشتراط.

المبحث الخامس: خيار العيب لا يمنع وقوع الملك للمشتري.

المبحث السادس: خيار العيب يورث.

المبحث السابع: خيار العيب على التراخي.

المبحث الثامن: الرد بالعيب يفسخ العقد من أصله، أو من حينه.

المبحث التاسع: شروط الرد بالعيب.

الشرط الأول: الجهل بالعيب.

الشرط الثاني: كون العيب مؤثرًا.

الشرط الثالث: أن يكون حدوث العيب في وقت ضمان البائع للمبيع.

الشرط الرابع: عدم اشتراط البراءة من العيب.

الشرط الخامس: ألا يتمكن من إزالة العيب بلا مشقة.

المبحث العاشر: في ثبوت خيار الرد في العيب.

الفرع الأول: أن يتعذر رد السلعة المعيبة.

المانع الثالث: تلف المبيع عند المشتري.

المانع الرابع: زوال العيب عند المشتري.

المانع الخامس: العلم بالعيب بعد زوال الملك بالمبيع.

الحالة الأولى: أن يخرج المبيع من ملكه ولا يعود إليه منه شيء.

الحالة الثانية: أن يخرج المبيع من ملكه، ويعود كله إليه.

الفرع الأول: أن يرجع المبيع بسبب جديد كالبيع والهبة.

الفرع الثاني: أن يرجع المبيع بسبب فسخ العقد.

الحال الثالثة: أن يخرج بعض المبيع من ملك المشتري ويبقي بعضه.

فرع: إذا تعدد العاقد مع اتحاد الصفقة.

الفصل الثاني: خيار فوات الوصف أو الشرط.

المبحث الأول: تعريف خيار فوات الوصف أو الشرط.

المبحث الثاني: شروط الوصف المعتبر اشتراطه.

المبحث الثالث: مشروعية خيار فوات الوصف أو الشرط.

المبحث الرابع: أحكام خيار فوات الشرط أو الصفة المقصودة.

المبحث الخامس: حد الفوات.

كتاب
الخيار في عقد البيع

❑ تمهيد ❑

المبحث الأول
في تعريف الخيار

تعريف الخيار في الاصطلاح[(١)]:

طلب خير الأمرين من إمضاء عقد أو فسخه[(٢)].

والخيار في العقد: هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي[(٣)].

---

(١) الخيار لغة: اسم مصدر، من باب: اختار يختار اختيارًا، والاختيار: هو اصطفاء الشيء.
والخيرة: بفتح الياء بمعنى الخيار، والخيار، هو الاختيار، ومنه يقال له: خيار الرؤية.
ويقال: هي اسم من تخيرت الشيء، مثل: الطيرة اسم من تطير.
وقيل: هما لغتان بمعنى واحد... وفي التنزيل ﴿مَا كَانَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ﴾ [القصص: ٦٨].
وقال في البارع: خرت الرجل على صاحبه أخيره: إذا فضلته عليه.
وخيرته بين الشيئين: فوضت إليه الاختيار فاختار أحدهما، وتخيره.
انظر المصباح المنير (ص١٨٥)، اللسان (٤/ ٢٦٧).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥)، كشاف القناع (٣/ ١٩٨).

(٣) الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٤١).



المبحث الثاني
في أنواع الخيار

الخيار له أنواع كثيرة، منها المتفق عليها، ومنها ما هو مختلف في ثبوتها، وترجع هذه الأنواع إلى نوعين رئيسين:

النوع الأول:

خيار يثبت بالشرع، ويسمى خيارًا حكميًا: وهو ما ثبت بمجرد حكم الشارع، فينشأ الخيار عند وجود سببه الشرعي، وتحقق شرائطه المطلوبة، فهذه الخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها، بل تنشأ لمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به.

مثاله: خيار العيب، وخيار المجلس.

النوع الثاني:

الخيار الإرادي: وهو الخيار الذي ينشأ عن إرادة العاقد.

والخيارات الحكمية تستغرق معظم الخيارات، بل هي كلها ما عدا الخيارات الإرادية الثلاثة: خيار الشرط، وخيار النقد، وخيار التعيين، فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي المنشأ، أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه، دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه[1].

والغاية من مشروعية الخيار يرجع تتمثل في شيئين: إما التروي وجلب المصلحة، أو تكملة النقص ودرء الضرر؛ لأن ثبوته يكون إما من جهة العاقد، أو من جهة المعقود عليه.

---

(١) انظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٤٤).

فإن كان من جهة العاقد: فهو خيار التروي: ويقال له: خيار النظر والتفكر في الأمر والتبصر في إمضاء البيع أو رده، وله ثلاثة أسباب:

الأول: المجلس.

والثاني: الشرط. وهذا القسم هو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند إطلاقه في عرف الفقهاء.

والثالث: الرؤية.

وإن كان من جهة المعقود عليه فهو خيار النقيصة: وهو ما موجبه ظهور عيب أو استحقاق، فيثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرعي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي. أو ظهور استحقاق في المبيع كتمه البائع(١).

وأما أنواع الخيار فإنه يختلف بحسب موضوعه.

فمنها خيار المجلس وخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار التدليس، وخيار الغبن، وخيار الأمانة، وخيار الخلف، وخيار امتناع التسليم.

ولكل من هذه الأنواع أقسام سنأتي على ذكرها إن شاء الله تعالى.



(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩)، منح الجليل (٥/ ١١٢).

المبحث الثالث
الحكمة من مشروعية الخيار

الأصل أن الخيار بأنواعه المختلفة إنما شرع لدفع الضرر عن العاقد، وهذا الضرر يكون متوقعًا تارة، ويكون واقعًا تارة أخرى.

أما دفع الضرر المتوقع، فشرع الله له خيار المجلس وخيار الشرط، وذلك لدفع ضرر يتوقع العاقد حصوله، فيستدركه في مجلس العقد، أو في مدة الخيار، ويتخلص منه، وذلك أن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن الشريعة أن يُجْعَل للعقد خيار يتروى فيه العاقدان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما ما فاته.

وإما دفع الضرر الواقع، كخيار العيب، والتدليس، والنجش، وتلقي الركبان، ونحوها، فإن الإنسان بطبيعته البشرية - كما وصفه الله - ظلوم جهول، فقد يتعرض أحد العاقدين على يد الآخر للغش والتدليس أو غيرهما من أنواع الظلم، فأباح الشرع للعاقد الذي وقع تحت تأثير الغش والتدليس أن يدفع عنه هذا الضرر بثبوت الخيار له في هذه الحالة، فكان ثبوت الخيار من محاسن التشريع التي لا بد منها لدفع الضرر، والله أعلم.



الباب الأول
في خيار التروي

الفصل الأول
في خيار المجلس

المبحث الأول
في تعريف خيار المجلس

تعريف خيار المجلس:

قولنا: (خيار المجلس) مركب إضافي من كلمتين، هما: (خيار) و(مجلس).

أما كلمة: خيار فقد سبق تعريفها.

وأما قولنا: (مجلس) فالمجلس بكسر اللام: ترد في اللغة مصدرًا ميميًا، واسمًا للزمان، واسما للمكان، من مادة (جلس).

فإن أريد به اسم المكان، صار المراد به موضع الجلوس أي مجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) في كلمة (المجلس) فهي للدلالة على المعهود في الذهن. والمراد مكان التبايع أو التعاقد.

وإن أريد به اسم الزمان وهو الأظهر: فالمراد به الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد فالمراد بمجلس العقد حينئذ: **هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد**، ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي

يعتبر إبطالًا للإيجاب، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد.

فحقيقة الجلوس ليست مقصودة في هذا الخيار المسمى (بخيار المجلس)، بل المراد بالمجلس ما هو أعم من الجلوس، فقد يحصل اتحاد المجلس مع الوقوف، ومع تغير المكان كما سيأتي عند عرض أقوال الفقهاء إن شاء الله تعالى[1].

فالمعتبر هو الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون طروء التفرق من مكان التعاقد. فالجلوس ذاته ليس معتبرًا في ثبوته، ولا ترك المجلس معتبرًا في انقضائه، بل العبرة للحال التي يتلبس بها العاقدان، وهي الانهماك في التعاقد.

فخيار المجلس هو: حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، من وقت التعاقد إلى التفرق أو التخاير، فمجلس العقد: هو وحدة زمنية أقرب من كونه وحدة مكانية، وزمنه يبدأ من وقت صدور الإيجاب ولحاق القبول به من المشتري مطابقًا له، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد، وفي حكم التفرق حصول التخاير، وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو رده.

فلا يبدأ خيار المجلس من صدور الإيجاب من البائع بل من لحاق القبول به من المشتري مطابقا له، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خيارًا في إجراء العقد أو عدمه، لكنه خيار يدعى خيار القبول، ولا يسمى خيار المجلس.

وأضيف هذا الخيار إلى المجلس لاختصاص هذا الخيار بمجلس العقد عند

---

(١) انظر الموسوعة الكويتية (١/ ٢٠٢).

القائلين به، والخيار في قولنا: (خيار الشرط، وخيار العيب) من باب إضافة الشيء إلى سببه، أي خيار سببه الشرط، وخيار سببه العيب، وهكذا.

ومعظم المؤلفين يطلقون على هذا الخيار (خيار المجلس) غير أن بعضهم أطلق عليه(خيار المتبايعين) ولعل هذه التسمية مأخوذة من الحديث الشريف المثبت لهذا الخيار، وهو قول الرسول ﷺ: **(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)**. ففي بعض ألفاظه المروية: (المتبايعان بالخيار) وسيأتي إن شاء الله تعالى تخريج هذه الألفاظ بعونه وتوفيقه[١].



(١) انظر كتابي (الإيجاب والقبول بين الفقه والقانون) (ص١٧١)، والموسوعة الكويتية (٢٠/ ١٦٩).



المبحث الثاني
في مشروعية خيار المجلس

نستطيع أن نقسم حالة المشتري والبائع إلى أربع حالات: منها ما هو مجمع عليه، ومنها ما هو محل خلاف بين الفقهاء:

الحالة الأولى: مرحلة المساومة.

[م-٤٤٠] ففي مرحلة المساومة وقبل وجود إيجاب بات بين المتبايعين، فإن المتبايعين بالخيار، وهذا بالإجماع، لأن الأمر في هذه الحالة لا يتعدى أن يكون مجرد دعوة إلى التفاوض، كما لو عرض البائع على المشتري منزله للبيع بدون بيان ثمنه، فإذا قطع أحد الطرفين المفاوضات قبل وصول الأمر إلى إيجاب بات فلا مسؤولية عليه، وليس لأحد أن يطالبه بأن يبين سبب هذا العدول، فقد يكون السبب أنه لم ير داعيًا لإتمام الصفقة، أو أنه رأى أن إتمامها ليس في مصلحته، أو أن الشخص الذي يتعامل معه لا يناسبه لسبب من الأسباب، أو أن شخصًا آخر عرض عليه صفقة أفضل، فإذا عدل أحد الطرفين عن مفاوضاته فلا مسؤولية على من عدل، ما دام الأمر لم يصل في مفاوضته إلى حد الإيجاب الجازم(١).

قال الشنقيطي رحمه الله: «كل عاقل يعلم أن الخيار حاصل لكل من البائع والمشتري ضرورة قبل حصول الإيجاب والقبول»(٢).

---

(١) انظر نظرية العقد - السنهوري (١/ ٢٣٩).

(٢) أضواء البيان (٧/ ٣٦٧).

الحال الثانية: بعد صدور الإيجاب وقبل صدور القبول.

إذا انتهت مرحلة المفاوضات، وعرض صاحب السلعة إيجابًا جازمًا، ولم يصدر القبول من المشتري فما حكم رجوع البائع والمشتري عن البيع؟

أما المشتري فله خيار القبول بالإجماع، كما إذا قال البائع: بعتك هذا البيت بكذا وكذا، فالمشتري بالخيار بين القبول وبين الرد، ما دام العاقدان في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانهما، ولم يتشاغلا عن العقد بما يبطله.

قال الماوردي: «خيار المشتري بعد بذل البائع وقبل قبوله معلوم بالإجماع، إذ لو سقط خياره ببذل البائع لوجبت البياعات جبرًا بغير اختيار... ولأفضى الأمر فيها إلى ضرر وفساد»[(١)].

[م-٤٤١] وأما البائع فهل له أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فقيل: للموجب حق الرجوع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول، وهذا مذهب الجمهور[(٢)].

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٣).

(٢) جاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٨٤): «لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب، وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع. مثلًا لو قال البائع: بعت هذا المتاع بكذا، وقبل أن يقول المشتري: قبلت: رجع البائع، ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع». اهـ

ويقول في بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤): «صفة الإيجاب والقبول: فهو أن أحدهما لا يكون لازمًا قبل وجود الآخر...».

وانظر العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٣)، الفتاوى الهندية (٣/ ٨). =

بل اعتبر بعضهم لو صدر القبول مع الرجوع في وقت واحد، اعتبر الرجوع، وبطل الإيجاب.

قال ابن الهمام: «لو صادف رد البائع قبول المشتري بطل»(١).

وقيل: إذا صدر إيجاب بات فليس له حق الرجوع، والإيجاب البات هو ما صدر بصيغة الماضي، أو صدر بغير الماضي وكان هناك قرينة أنه أراد البيع(٢)،

= وقال النووي في المجموع (٩/ ١٩٩): «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر».

وإذا كان الشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتي إن شاء الله تحرير الخلاف فيه، فإن هذا يعني جواز رجوع الموجب عن إيجابه حتى بعد صدور القبول من الطرف الآخر، فمن باب أولى أن يصح رجوعه قبل اتصال القبول به.

وقد اعتمد القانون الأردني على قول الجمهور، فقد نصت المادة (٩٦) مدني بقولها: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب، وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك».

وانظر مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. د أنور سلطان (ص٥٦).

وفي نظرية العقد للسنهوري ذكر في حاشية (١/ ٢٤٤): «وفي القانون الإنجليزي: يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل اقتران القبول به، حتى لو كان قد حدد مدة للقبول، وضرب بولوك لذلك مثلًا: رجل عرض على آخر في الصباح أن يبيعه سلعة، وانتظره إلى الساعة الرابعة بعد الظهر ليبت في الشراء، ففي هذه الحالة يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه، ويبيع السلعة لآخر حتى قبل حلول الموعد المضروب، ما دام الطرف الآخر لم يقبل الصفقة».

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٤).

(٢) ذكر المالكية مثالًا للقرينة الدالة على أنه أراد البيع كما لو كان في الكلام تردد، فجاء في حاشية الدسوقي (٣/ ٤): «تردد الكلام يدل على أنه غير لاعب، وذلك كأن يقول المشتري: يا فلان بعني سلعتك بعشرة، فيقول: لا، فيقول له بأحد عشر، فيقول: لا، ثم يقول البائع: أبيعكها باثني عشر، فيقول المشتري: قبلت، فيلزم البيع، ولا رجوع للبائع بعد ذلك؛ ولو حلف أنه لم يرد البيع». اهـ =

أما إذا كانت الصيغة بغير الماضي، ولم يكن هناك قرينة أنه أراد البيع، وادعى أنه ما أراد البيع، فيحلف، ويصدق، وهو مذهب المالكية[١].

❑ وجه التفريق بين صيغة الماضي وغيرها:

قالوا: إن صيغة الماضي حقيقة في الدلالة على نقل الملكية، فلا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، وأما صيغة المضارع والأمر فليست حقيقة في نقل الملكية لتطرق الاحتمالات إليها، فليست إيجابًا باتًا، ولذلك قبل قوله مع اليمين، فإن كانت هناك قرينة عمل بها، كما قدمنا.

وقيل: إذا حدد الموجب إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه، اختاره بعض المالكية[٢]، ورجحه

= فلو أنه أراد الرجوع بعد قوله: أبيعكها باثني عشر قبل صدور القبول لم يكن له الرجوع، ولو كان بصيغة المضارع؛ لأن هناك قرينة على أنه أراد البيع.

(١) انظر تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧) وجاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠، ٢٤١): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك... ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بَعْدُ بالقبول».

ويقول ابن رشد في المقدمات (٢/ ٩٨): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتابعين لصاحبه لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع عنه قبل ذلك...».

وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ٤) وتعليقه على عبارة ابن رشد المتقدمة، وانظر أيضًا شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٥، ٦).

(٢) قال في مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩): «كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد إلا أن يسترد البائع سلعته، ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق، أو يشترط ذلك البائع، فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق، في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة».

مجمع الفقه الإسلامي[1].

ويظهر أن هذا القول وسط بين قولين:

الأول: يرى أن الموجب له حق الرجوع مطلقًا.

والثاني: يرى أن الموجب لا يحق له الرجوع.

والقول الثالث: قول وسط: وهو إذا حدد ميعادًا للقبول فإنه يبقى ملتزمًا هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه.

ويرى أصحاب القول الثالث: أن القول بكون الإيجاب غير ملزم مطلقًا يؤدي إلى حرمان المعاملات وعلى الأخص التجارية منها من عامل الاستقرار التي لا غنى عنه؛ لأن التاجر الذي يوجه إليه إيجاب يوازن عادة بينه وبين إيجاب مماثل يوجه إليه من الغير، فقد يفوته أحدهما على أهميته بناء على وجود إيجاب آخر أفضل منه، فإذا لم نلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة ما أصبنا الموجب له بضرر فادح، وأشعنا الفوضى في المعاملات.

لكن عند التأمل أرى أن هذا القول الوسط ليس قولًا، وإنما هو عمل بالشرط بين المتبايعين، فكل من ألزم نفسه شرطًا لا يخالف الشرع، ولا ينافي مقتضى العقد، وله فيه مصلحة، فيجب الوفاء به[2].

---

(١) انظر قرار رقم (٥٤/ ٣/ ٦) ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص: ١٢٦٨).

(٢) وقد أخذ بهذا القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (٩٨) منه على أنه: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».
ويتبين من هذا النص أن الموجب إذا حدد ميعادًا للقبول أو ظهر من الظروف أنه يقصد إعطاء ميعاد معقول لذلك، بقي ملتزمًا هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه، وأن الإيجاب غير الملزم هو الذي خلا من تحديد هذه المدة، وكان التعاقد بين حاضرين، وانظر نظرية العقد للسنهوري (١/ ٢٤٤).

وقد ذكرنا أدلة هذه المسألة بشيء من التفصيل في باب الإيجاب والقبول فأغنى عن إعادته هنا.

الحالة الثالثة:

[م-٤٤٢] إذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد دون فسخ، ولم يكن في البيع خيار شرط، فإنه لا خلاف أن البيع يصبح لازمًا لا يستقل أحد العاقدين بالرجوع عنه دون رضا الطرف الآخر.

قال ابن قدامة: «لا خلاف في لزمه - يعني عقد البيع - بعد التفرق»(١).

الحالة الرابعة:

[م-٤٤٣] إذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتوفرت الشروط، وانتفت الموانع، وكان العاقدان في مجلس العقد، فهل يلزم البيع بمجرد الإيجاب والقبول، أم أن العقد ما زال جائزًا، ويملك كل واحد من المتبايعين الرجوع عنه بموجب خيار المجلس دون رضا الطرف الآخر.

في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء:

فقيل: البيع لازم، ولا يملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد إلا برضا صاحبه، ولا يشرع خيار المجلس، وهذا مذهب الحنفية(٢)، والمالكية(٣)،

---

(١) المغني (٤/ ٦).

(٢) قال في الهداية (٣/ ٢١): «وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما». وانظر شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٧)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٤)، الدر المختار (٤/ ٥٢٨) مطبوع مع حاشية ابن عابدين، تبيين الحقائق (٤/ ٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٨).

(٣) نقل الحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٤١٠) قوله: : «قال في الجواهر: ولا يثبت خيار المجلس بالعقد، ولا بالشرط»، قال الحطاب تعليقًا: «يعني: أنه لا يثبت بمقتضى العقد =

وعليه الفقهاء السبعة[١].

وقيل: بل العقد جائز، ويملك كل واحد من المتابعين خيار المجلس.

وهذا مذهب الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣]، واختاره بعض المالكية[٤].

وقال النووي: «وبهذا قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم، وممن قال به: علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة، وأبو برزة الأسلمي، وطاووس، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وشريح القاضي، والحسن البصري، والشعبي، والزهري، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وسفيان ابن عيينة، والشافعي، وابن المبارك، وعلي بن المديني، وأحمد بن حنبل، وإسحاق ابن راهوية، وأبو ثور، وأبو عبيد، والبخاري، وسائر المحدثين»[٥].

= كما يقول ابن حبيب والشافعي، ولا بالشرط إذا شرطاه، أو أحدهما، بل يؤدي إلى فساد العقد إذا شرطاه، والله أعلم».

وقال ابن جزي في القوانين (ص١٨٠): «خيار المجلس باطل عند مالك، والفقهاء السبعة بالمدينة، وأبي حنيفة...».

وانظر مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩) شرح الزرقاني للموطأ (٣/ ٤٠٦)، التاج والإكليل (٤/ ٢٢٨)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٤)، الذخيرة (٥/ ٢٠)، التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٧١)، المفهم (٤/ ٣٨١).

(١) القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٠) وتقدم نصه، ويستثنى من الفقهاء السبعة: سعيد بن المسيب، جاء في مواهب الجليل (٤/ ٤١٠): «ذكر صاحب الإكمال والمازري أن ابن المسيب يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة، فينبغي أن يستثنى...».

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٩٦)، شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٣).

(٣) المبدع (٤/ ٦٣)، مسائل أحمد رواية صالح (٢/ ٢٥٤).

(٤) التمهيد لابن عبد البر (١٤/ ١١).

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٣).

❑ دليل من قال: لا يشرع خيار المجلس:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الاستدلال:

ظاهر الآية يقتضي حل الأكل عند حصول التجارة عن تراض من غير تقييد بالتفرق عن مكان العقد، فتقييد حل الأكل بالتفرق زيادة على النص ومخصص لها بغير دليل(١).

والجواب عن الآية:

نصت الآية الكرية على شرط واحد من شروط البيع، وهو الرضا، ولا يعني ذلك أن الشروط الأخرى غير معتبرة من أدلة أخرى، فركن البيع وشرطه الذي يقوم عليه: هو الرضا بين المتابيعين، وهذا لا يعني عدم مراعاة بقية الشروط الأخرى، وانعقاد البيع يتم بالإيجاب والقبول المطابق له مع الرضا بالعقد، ولكن انعقاد البيع شيء، ولزومه شيء آخر، كالبيع بشرط الخيار، ينعقد البيع من صدور الإيجاب والقبول، ويلزم بانتهاء مدة الخيار لمن شرط له إذا لم يترك البيع.

الدليل الثاني:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٤٩، ٢٥٠)، التفسير الكبير (١٠/ ٥٨)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/ ٤٦٩).

وجه الاستدلال:

قال الجصاص: «ألزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه، فيلزمه الوفاء به... وفي إثبات الخيار نفي للزوم الوفاء به وذلك خلاف مقتضى الآية»[١].

ويجاب عن الآية:

بأن الآية الكريمة تأمر بالوفاء بالعقود، وهي لا تأمر بالوفاء بالعقد إلا في وقت يكون العقد لازمًا، أما العقد إذا كان جائزًا كما في مدة خيار المجلس، وفي مدة خيار الشرط فلا يؤمر العاقد بالوفاء به، بل الأمر متروك لإرادته، إن شاء أمضى العقد، وإن شاء ترك، فالآية تتحدث عن عقد انتقل من الجواز إلى اللزوم، فلم تقل الآية: أوفوا بالعقود إذا تم الإيجاب والقبول قبل التفرق، فالآية مطلقة، فتحمل على ما بعد الخيار جمعًا بين الأدلة[٢].

فالذي أمرنا بالوفاء بالعقود هو الذي أخبرنا على لسان رسوله ﷺ أن العقد لا يكون لازمًا إلا بالتفرق، أو أن يخير أحدهما الآخر بعد التعاقد، وإلا فلا يلزم الوفاء بذلك العقد.

الدليل الثالث:

قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، إلى قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الاستدلال:

لو لم يكن عقد المداينة موجبًا للحق على المدين قبل الافتراق لما قال:

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٠)، وانظر اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/ ٤٦٩).

(٢) انظر هامش أنوار البروق (٣/ ٤٥٠).

﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولما وعظه بترك البخس وهو لا شيء عليه؛ لأن ثبوت الخيار له يمنع ثبوت الدين للبائع في ذمته، وفي إيجاب الله تعالى الحق عليه بعقد المداينة في قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، دليل على نفي الخيار، وإيجاب البتات.

الدليل الرابع:

قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

و«إذا» هي للوقت، فاقتضى ذلك الأمر بالشهادة عند وقوع التبايع من غير ذكر الفرقة، وندب إلى الإشهاد على التبايع عند وقوعه، ولم يقل: إذا تبايعتم وتفرقتم[(١)].

ويناقش هذان الدليلان:

بأن توثيق الدين بالكتابة والشهادة، وتوثيق البيع بالشهادة أو بالرهن وقت الخيار لا يعني أن العقد أصبح لازمًا، بل يعني أن العقد صالح للزوم، ومصيره إلى ذلك، وهو الأصل فيه؛ لأن الإنسان لم يقدم على العقد إلا لرغبته فيه، ولكن لو اختار غير ذلك قبل التفرق أصبح مطلوبًا منه توثيق ذلك أيضًا، لإثبات أنه ترك العقد في الوقت الذي يحق له تركه قبل أن يصبح العقد لازمًا، تمامًا كما لو كان البيع فيه شرط خيار، فإنه مطالب بتوثيق البيع وتوثيق الدين، ولا يمنع من كون العقد في مدة الخيار جائزًا أن يوثقه بالكتابة والرهن، فإذا كان ذلك لم يمنع في البيع بشرط الخيار، لم يمنع ذلك في البيع وقت خيار المجلس.

الدليل الخامس:

الرضا بالعقد هو الموجب للملك، وليس الفرقة، فليس في الفرقة دلالة على

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٠، ٢٥١).

الرضا، ولا على نفيه؛ لأن حكم الفرقة والبقاء في المجلس سواء في نفي دلالته على الرضا، فعلمنا أن الملك إنما وقع بالرضا من ابتداء العقد لا من الفرقة[١].

ويناقش:

بأننا لا نخالف بأن الملك يقع بالرضا من ابتداء العقد، ولكن الخلاف، ليس في قوع الملك، وإنما في لزومه، فهناك عقود كثيرة يرى الحنفية والمالكية أنها عقود صحيحة غير لازمة، كما في بيع الفضولي، فكذلك هنا فنحن نرى أن الملك يقع بالإيجاب والقبول، ولكن لا يكون لازمًا إلا بالفرقة، شأنه في ذلك شأن البيع الذي شرط فيه خيار، فالملك يقع بالإيجاب والقبول، ويكون لمن اشترط له الخيار حق الرجوع، ولا يكون العقد لازمًا في حقه مدة خيار الشرط.

الدليل السادس:

القول بخيار المجلس خلاف القياس، فليس في الأصول فرقة يتعلق بها تمليك وتصحيح العقد، بل في الأصول أن الفرقة إنما تؤثر في فسخ كثير من العقود، من ذلك الفرقة في عقد الصرف قبل القبض، وفي عقد السلم قبل قبض الثمن، وعن الدين قبل تعيين أحدهما، فلما وجدنا الفرقة في الأصول في كثير من العقود إنما تأثيرها في إبطال العقد دون لزومه ولم نجد في الأصول فرقة مؤثرة في لزوم العقد، ثبت أن اعتبار خيار المجلس ووقوع الفرقة في لزوم العقد خارج عن الأصول، مع ما فيه من مخالفة ظاهر الكتاب[٢].

ويناقش:

أولًا: بأننا لا نعلم الأصول إلا من خلال النصوص الشرعية، فالمتبع

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٣).

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٣).

للنصوص الشرعية هو المتبع للأصول الصحيحة، فلا ترد النصوص إلى الأصول، بل العكس هو الصحيح، وربما رد نص صحيح لأصل استنبطه فهم غير معصوم، فالنص الشرعي لا يعارض بالعقل ولا بالقياس، فهو أصل بذاته، ويجب التسليم له.

ثانيًا: على فرض أن الحديث مخالف للأصول، فلا نسلم أن الحديث المخالف للأصول يرد، غاية ما في الباب أن يكون الشرع أخرج بعض الجزئيات عن الكليات لمصلحة تخصها، ومن تأمل الحكم الشرعية بثبوت خيار المجلس علم حكمة التشريع بثبوت مثل هذا الخيار، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو، ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريمًا يتروى فيه المتبايعان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما مدى حاجته للعقد، فلا أحسن من هذا حكمًا، ولا أرفق من هذا لمصلحة الخلق، وبعض الناس قبل أن يتملك السلعة وهي في يد البائع يكون عنده تشوف وتطلع إلى تملكها، فيندفع إلى شرائها، بلا ترو ولا نظر، فإذا وقعت في يده ذهب ما يجده في نفسه من حب تملكها إلى الموازنة بين المكاسب والخسارة، فالذي يعرف النفس البشرية هو الذي شرع لها هذا الخيار لعلاج مثل هذا الاندفاع[١].

الدليل السابع:

(ح-٣٩٥) ما رواه البخاري من طريق شعبة، حدثنا عبد الله بن دينار، قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال النبي ﷺ: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**. ورواه مسلم[٢].

---

(١) انظر إعلام الموقعين (٣/ ١٦٤).

(٢) البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦).

وجه الاستدلال:

الحديث أجاز بيع المبيع بعد القبض، ولم يشرط فيه الافتراق، فوجب بنص الخبر أنه إذا قبضه في المجلس أنه يجوز له بيعه، وذلك ينفي خيار البائع لأن ما للبائع فيه خيار لا يجوز تصرف المشتري فيه.

ويجاب:

بأن الحديث نص في النهي عن بيع الشيء قبل قبضه، سواء تفرق المتبايعان قبل القبض أو لم يتفرقا.

ومفهومه: جواز بيعه بعد القبض، سواء حصل التفرق أو لم يحصل، وهذا المفهوم المطلق جاء تقييده بنص آخر، وهو ألا يكون فيه خيار، سواء كان فيه خيار مجلس أو خيار شرط، ولهذا لا يجوز بيعه لو كان البائع قد اشترط فيه خيارًا لمدة معينة، ولا يقال: إن هذا الخيار يعارض حديث: **(لا تبعه حتى تقبضه)** فإذا كان خيار الشرط لا يعارض حديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه، فكذلك خيار المجلس لا يعارض حديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه.

وجواب آخر:

أن حديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه، وحديث ثبوت خيار المتبايعين في مجلس العقد، كل من الحكمين ثبت بحديث صحيح بل في غاية الصحة، حيث إن الحديثين مخرجان في الصحيحين، وأسانيدهما في أعلى شروط الصحة، فكيف يدفع أحدهما بالآخر مع إمكان استعمالهما معًا:

فمقتضى العمل بالحديثين: أن نمنع من بيع الشيء قبل قبضه، ولو لزم البيع بالتفرق: فبيع الشيء قبل قبضه منهي عنه مطلقًا تفرقا أو لم يتفرقا، لزم البيع أو لم يلزم.

وإذا قبض المبيع، صح البيع، ولا يلزم إلا بالتفرق. وبهذا نكون قد عملنا بالحديثين معًا.

فلا ينبغي ضرب السنة بعضها ببعض، ولا يعترض بالعام على الخاص، ولا بظواهر النصوص على صريحها. هذه هي طريقة الراسخين في العلم.

الدليل الثامن:

(ح-٣٩٦) ما رواه البخاري من طريق ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه، رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**[1].

وجه الاستدلال:

جعل الحديث الثمرة ومال العبد للمشتري بالشرط من غير ذكر التفرق بالأبدان، وبما أنه من المحال أن يملكها المشتري قبل ملك الأصل المعقود عليه؛ دل ذلك على وقوع الملك للمشتري بالعقد نفسه.

ويجاب:

بأن هناك فرقًا بين صحة البيع، وبين لزوم البيع، فنحن نقول: إن البيع صحيح من صدور الإيجاب من البائع، وصدور القبول مطابقًا له من المشتري، وصحة البيع دليل على ثبوت الملك، إلا أن صحة البيع لا يعني لزوم البيع، وهذا الاستدلال قد تكرر منهم، والجواب نفسه يتكرر، كما أن البيع بشرط الخيار يقع صحيحًا من العقد، ويثبت به الملك، ولا يلزم إلا بمضي مدة الخيار.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

الدليل التاسع:

خيار المجلس ليس له حد معروف، فقد يطول وقد يقصر، ولو شرط أحدٌ الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعًا، فكيف يثبت عن طريق الشرع حكم لا يجوز اشتراطه بالعقد، وأيضًا فإن القول بخيار المجلس يعتبر من الغرر؛ لأن كليهما لا يدري ما يحصل له من الثمن والمثمن(١).

ويناقش:

لو سلمنا أن القول بخيار المجلس يؤدي إلى الوقوع في الغرر، فالغرر ليس كله حرامًا، بل منه ما هو جائز بالإجماع كالغرر اليسير والغرر التابع ولو كان كثيرًا، ومنه ما هو محرم بالإجماع كالغرر الكثير غير التابع مما لا يحتاج إليه، ومنه ما هو محل خلاف بين العلماء هل يلحق بالكثير أو بالقليل، وقد دلت الأحاديث الصحيحة المتفق على صحتها على اعتبار خيار المجلس، فدل على أن الغرر فيه مغتفر لكونه يسيرًا، ولوجود مصلحة كبرى لكل واحد من المتعاقدين بحيث يتروى، ويقلب النظر في العقد، وألا يكون قد استعجل في القبول، ومدة الخيار يسيرة معروفة عرفًا مدة اتحاد مجلسهما، فإذا أمضى كل من المتعاقدين البيع أصبح كل منهما على بصيرة ومعرفة، والله أعلم.

والمالكية صححوا البيع إذا علقه على مشورة شخص قريب، ولا يفسدون العقد بمجرد جهل زمن الخيار، فزمن المجلس مثله يعتبر زمنًا قصيرًا عرفًا، بل هو أقصر من زمن المشورة(٢).

وأما القول بأن كل واحد من المتبايعين لا يدري ما يحصل له من الثمن

---

(١) انظر الموافقات (٣/ ٢١).

(٢) انظر حاشية العدوي (٢/ ٢٠٠).

والمثمن، فهذا الشأن في كل خيار، حتى في خيار الشرط المجمع على القول به، فإن لكل واحد من المتعاقدين زمن الخيار إمضاء العقد وفسخه، ولا يقدح ذلك في صحة العقد، والله أعلم.

الدليل العاشر:

(ح-٣٩٧) ما رواه أحمد من طريق ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: **البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله**[1].

[الحديث صحيح إلا قوله: ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله، فقد تفرد بها عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده][2].

---

(١) المسند (٢/ ١٨٣).

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ١٨): «قوله: (لا يحل له) لفظة منكرة، فإن صحت فليست على ظاهرها، لإجماع المسلمين أنه جائز له أن يفارقه لينفذ بيعه، ولا يقيله إلا أن يشاء، وفيما أجمعوا عليه من ذلك رد لرواية من روى: (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) فإن لم يكن وجه هذا الخبر الندب، وإلا فهو باطل بإجماع».
وقال أيضًا (١٤/ ١٦): «حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله، فإن هذا معناه إن صح على الندب... وقد كان ابن عمر ﷺ، وهو الذي روى حديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إذا بايع أحدًا، وأحب أن ينفذ البيع مشى قليلًا، ثم رجع. ولو منع أحد العاقدين من التفرق حتى يقوم الآخر لكان في ذلك إضرار به ومفسدة راجحة».
قلت: لست أرد ما زاده عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده في هذا الحديث من جهة نكارة المتن، كما فعل ابن عبد البر رحمه الله تعالى، فإن المتن قد يستقيم، فإنه قد يحمل على أنه من باب تحريم الحيل لإسقاط حقوق الآخرين، فلو فارقه ليس خوفًا من الإقالة، وإنما فارقه لحاجة، لم يكن حرامًا عليه، ولكني أرده من جهة الإسناد، فلست ممن يرى الاحتجاج فيما يتفرد به عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده على غيره، وأين أحاديث الصحيحين وغيرها من الأحاديث الصحيحة ممن حفظت لنا خيار المتبايعين (خيار =

. . . .

= المجلس) عن هذه الزيادة التي لو كانت محفوظة لجاءت بأسانيد صحيحة، وليست صحة المعنى في الحديث كافية لتصحيحه، وهذا من المعلوم.

وقد قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٦/ ٣٣): «وقد استدل به الإمام أحمد، وقال: فيه إبطال الحيل».

ولو ثبت تصحيح الإمام أحمد للحديث لانقطع الخلاف، ولكن لا يلزم من استدلال أحمد بالحديث الجزم بصحة الحديث عنده، فإن العمل بالحديث أوسع من التصحيح، فيلزم من التصحيح وجوب العمل بالحديث، ولا يلزم من العمل بالحديث تصحيح الحديث، لأن العمل بالحديث قد يأخذ به المفتي لأنه أحب إليه من الرأي، أو لأن المعنى يقتضيه، أو لأن هناك آثارًا من الصحابة تذهب إليه، أو لغيرها من المسوغات.

انظر حديث التسمية في الوضوء مثلًا، فالإمام أحمد يرى أنه لا يصح في الباب شيء، ومع ذلك يذهب في رواية إلى وجوب التسمية مع الذكر، ولذلك ثبت في رواية ثانية عنه كما سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه أنه قال: يجوز للعاقد أن يفارقه خشية أن يستقيله، والله أعلم.

تخريج الحديث:

الحديث رواه أبو داود (٣٤٥٦)، والترمذي (١٢٤٧)، والنسائي في المجتبى (٤٤٨٣)، وفي الكبرى (٦٠٧٥)، وابن الجارود في المنتقى (٦٢٠)، من طريق ابن عجلان به.

قال الترمذي: حديث حسن.

ورواه البيهقي في السنن (٥/ ٢٧١) من طريق أحمد بن عبد الرحمن بن وهب، حدثني عمي، قال: حدثني مخرمة بن بكير، عن أبيه، قال: سمعت عمرو بن شعيب يقول: سمعت شعيبًا يقول: **سمعت عبد الله بن عمرو يقول، سمعت رسول الله ﷺ يقول**، وذكر نحوه.

وهذه الصيغة من التصريح بالسماع من عمرو بن شعيب، عن أبيه، ومن سماع أبيه من عبد الله بن عمرو تفرد به أحمد بن عبد الرحمن بن وهب عن عمه عبد الله بن وهب، وهو متكلم فيه، وقد تغير بآخرة، وقال فيه ابن عدي: رأيت شيوخ مصر مجمعين على ضعفه، ومن كتب عنه من الغرباء لا يمتنعون من الرواية عنه، وسألت عبدان عنه، فقال: كان مستقيم الأمر في أيامنا، ومن لم يلق حرملة اعتمد عليه في نسخ حديث ابن وهب، وقال ابن عدي: ومن ضعفه أنكر عليه أحاديث، وكثرة روايته عن عمه، وكل ما أنكروا عليه محتمل، وإن لم يروه غيره عن عمه، ولعله خصه به. تهذيب التهذيب (١/ ٤٨).

وجه الاستدلال:

استدل بهذا الحديث على عدم ثبوت خيار المجلس من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان له خيار المجلس لما احتاج إلى أن يسأله الإقالة، بل كان هو يفسخه بحق الخيار الذي له فيه.

والثاني: أن الإقالة لا تكون إلا بعد صحة العقد، وحصول ملك كل واحد منهما فيما عقد عليه من قبل صاحبه، فهذا أيضا يدل على نفي الخيار، وصحة البيع(١).

ويجاب:

بأن الحديث يقول: (ولا يحل له) بمعنى: أنه يحرم عليه أن يفارقه خشية أن يستقيله، هذه الإقالة هل هي حق لكل واحد منهما، أو لا تكون إلا برضاهما، فإن كانت حقًا لكل واحد منهما قبل التفرق، فالخلاف معكم خلاف اصطلاحي، فنحن نسميه خيارًا، وأنتم تسمونه إقالة، والأمور بمعانيها، وليست بألفاظها.

وإن قلتم: إن الإقالة لا بد من رضاهما، ولابد من اتفاقهما على فسخ العقد، وأن العقد لازم قبل التفرق، وأن الإقالة ليست واجبة، فكيف تقولون: لا يحل له أن يفارقه إذا كانت الإقالة ليست ملزمة، وأن لكل واحد من المتبايعين له أن يرفض إقالة صاحبه قبل التفرق، فأنتم تحتجون بحديث لم تأخذوا بظاهره، حيث إن ظاهره يقول: (ولا يحل له) بمعنى أنه يحرم عليه، في الوقت الذي تقولون إن الإقالة ليست واجبة، وله ألا يوافق على الإقالة، فأصبح الأمر بالنسبة لكم: إما القول بترك ظاهر الحديث، وإما حمل الإقالة على معنى آخر، وهو

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٢).

فسخ أحد العاقدين العقد بموجب خيار المجلس، وليس المراد حقيقة الإقالة، والذي يدل عليه أيضًا أن هذا هو المراد: أن الإقالة لا تختص بمجلس العقد، ولا تبطل بالتفرق، بل يجوز طلب الإقالة بمجلس العقد قبل الافتراق، وبعد مفارقة المجلس، والذي يختص بالمجلس إنما هو خيار المجلس، وهو المراد بالحديث، والله أعلم.

الدليل الحادي عشر:

(ح-٣٩٨) ما رواه البخاري من طريق سفيان، حدثنا عمرو، عن ابن عمر ﵄ قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: **بعنيه**. قال هو لك يا رسول الله. قال: **بعنيه**، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: **هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**[1].

وجه الاستدلال:

لو كان خيار المجلس ثابتًا لما تصرف الرسول ﷺ في المبيع حتى ينفض المجلس أو يحصل التخاير ليكون البيع لازمًا، فدل ذلك على عدم ثبوت خيار المجلس.

ويناقش:

حديث خيار المجلس ثبت بأحاديث صحيحة لا نزاع في صحتها، فلا ترد هذا الأحاديث بهذه القصة المحتملة، ولا تضرب الأحاديث بعضها ببعض، بل يجتهد في الجمع بينها ما أمكن، فإن لم يمكن الجمع عمل بالترجيح، والترجيح

---

(١) البخاري (٢١٦٦).

لو كان هو السبيل فإن حديث خيار المجلس مقدم على هذه القصة، لوجوه، منها:

أولًا: أن حديث خيار المجلس ناقل عن البراءة الأصلية، وما كان كذلك كان حقه التقديم على غيره.

ثانيًا: يحتمل أن يكون الرسول ﷺ قد تقدم أو تأخر قبل الهبة بما يحصل به التفرق عرفًا، حقًا ليس في الحديث ما يثبت ذلك، ولكن في الوقت نفسه ليس فيه ما ينفيه، فلا يترك الحديث الصحيح الصريح لقضية عينية محتملة.

ثالثًا: على فرض أن تكون الهبة حصلت بعد الإيجاب والقبول مباشرة، وأن تكون هذه القصة متأخرة عن حديث خيار المتبايعين، فيؤخذ منها أن المشتري إذا تصرف في المبيع بحضور البائع، ولم ينكر البائع كان ذلك قاطعًا لخياره لإقراره تصرف المشتري.

الدليل الثاني عشر:

(ث-٧٩) ما رواه الطحاوي من طريق بشر بن بكر، قال: حدثني الأوزاعي، قال: حدثني الزهري، عن حمزة بن عبد الله، **أن عبد الله بن عمر قال: ما أدركت الصفقة حيًا، فهو من مال المبتاع.**

[إسناده صحيح، وهو موقوف][1].

وجه الاستدلال:

دل الأثر أن العقد إذا تم بالإيجاب والقبول وكان المبيع حيًا مجموعًا فهو من مال المشتري، ولو كان ذلك قبل التفرق، وهذا يدل على أن ملكية المعقود عليه

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ث١٥).

انتقلت إلى المشتري بذلك، ولو كان خيار المجلس مشروعًا لم تنتقل الملكية إلا بالتفرق بالأبدان.

ويجاب:

بأننا كررنا مرارًا بأن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، وأن اللزوم لا يلزم إلا بالتفرق، وليس بينهما تعارض.

وقد يقال: إن قوله: (ما أدركت الصفقة) فالصفقة محمولة على البيع الذي انبرم، لا على ما لم ينبرم، لأن هذا الأثر الموقوف على ابن عمر، لا يمكن أن يعارض به ما رواه ابن عمر نفسه من الحديث المرفوع، خاصة أن ابن عمر كان يقول بخيار المجلس، ويعمل به في بيوعه كما ثبت عنه في الصحيح، ويرى ﵁ أن البيع لا يلزم إلا بالتفرق، فلا يضرب كلام ابن عمر بعضه ببعض.

الدليل الثالث عشر:

القياس على النكاح والخلع والعتق، وكلها عقود معاوضة، فإذا كانت تتم بالإيجاب والقبول، وتلزم قبل الفرقة، فكذلك عقد البيع.

ويجاب:

أولًا: أن هذا قياس في مقابل النص، فيكون فاسدًا.

ثانيًا: أن النكاح والخلع ليس مقصودهما المال، ولهذا لا يفسدان بفساد العوض، بخلاف البيع.

ثالثًا: أن النكاح لا يقع غالبًا إلا بعد ترو ونظر، فلا يحتاج إلى خيار بعده، كما أن في مشروعية الخيار في النكاح مضرة، وذلك لما يلزم من مشروعية رد الزوجة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة.

الدليل الرابع عشر:

(ث-٨٠) ما رواه عبد الرزاق في مصنفه، قال: أخبرنا هشيم، عن الحجاج، عن محمد بن خالد بن الزبير، عن رجل من كنانة، قال: **قال عمر** رضي الله عنه، **حين وضع رجله في الغرز، وهم بمنى: اسمعوا ما أقول لكم، ولا تقولوا: قال عمر. وقال عمر: البيع عن صفقة أو خيار، ولكل مسلم شرطه**[1].

[ضعيف][2].

وجه الاستدلال:

دل الأثر أن البيع قسمان: قسم اشترط فيه الخيار، وهو خيار الشرط، وقسم لم يشترط فيه الخيار، وسمي هذا القسم بالصفقة: أي بالإيجاب والقبول.

ويجاب عن هذا:

أولًا: الأثر ضعيف، والضعيف لا تقوم به حجة.

ثانيًا: موقوف، والموقوف لا يخالف به المرفوع.

ثالثًا: على تقدير صحة الأثر، فإن معناه: أن البيع قسمان: قسم اشترط فيه الخيار، وهو خيار الشرط، وقسم لم يشترط فيه الخيار، وسمي هذا القسم بالصفقة لقصر مدة خيار المجلس.

هذه هي أقوى الأدلة التي استدل بها نفاة خيار المجلس، والجواب عنها.

---

(١) المصنف (١٤٢٧٤).

(٢) في إسناده حجاج بن أرطأة، وهو ضعيف، وفيه رجل مجهول، وقد رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٠٥) من طريق حجاج به.

وروواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٢٧٣) عن الثوري، عن حجاج يرفعه إلى عمر. وهذا معضل.

❑ دليل من قال: يشرع خيار المجلس:

الدليل الأول:

(ح-٣٩٩) ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن قتادة، عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث رفعه، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما**(١).

الدليل الثاني:

(ح-٤٠٠) وروى البخاري ومسلم من طريق مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: **المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار.**

ورواه الشيخان، من طريق الليث، عن نافع به، وفيه: **إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا، بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع**(٢).

ورواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، عن نافع، وزاد: قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه(٣).

ورواه مسلم من طريق ابن جريج، عن نافع به، وفيه: **قال نافع: فكان ابن عمر إذا بايع رجلًا، فأراد ألا يقيله، قام، فمشى هنيهة، ثم رجع**(٤).

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).

(٢) صحيح البخاري (٢١١٢)، ومسلم (١٥٣١).

(٣) صحيح البخاري (٢١٠٧).

(٤) صحيح مسلم (١٥٣١).

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء من أهل الفقه بالحديث أن قوله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**، من أثبت ما يروى عن النبي ﷺ من أخبار الآحاد العدول، لا يختلفون في ذلك، وإنما اختلفوا في القول به، وادعاء النسخ فيه، وتخريج معانيه»[1].

(ث-٨١) وروى البخاري معلقًا بصيغة الجزم، قال أبو عبد الله: قال الليث: حدثني عبد الرحمن بن خالد، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، **عن عبد الله بن عمر** رضي الله عنهما، قال: **بعت من أمير المؤمنين عثمان مالًا بالوادي بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، قال عبد الله: فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال**[2].

[إسناده حسن إن شاء الله][3].

---

(١) الاستذكار (٢٠/ ٢٢٤).

(٢) صحيح البخاري (٤/ ٣٣٢) ٢١١٦ .

(٣) قال الحافظ في تغليق التعليق (٣/ ٢٣١): قال الحافظ أبو بكر الإسماعيلي في مستخرجه: حدثنا القاسم، حدثنا ابن زنجويه، حدثنا أبو صالح، حدثني الليث بهذا.
وأخرجه من طريق آخر عن أبي صالح. ورواه البيهقي في السنن الكبير عن ابن عمرو الأديب عن الإسماعيلي عن القاسم به.
وأخبرنا به المحب محمد بن محمد بن محمد بن منيع أنا عبد الله بن الحسين بن أبي التائب مشافهة عن إسماعيل بن أحمد العراقي أن الحافظ أبا موسى المديني كتب إليهم، أخبرنا الحسن ابن أحمد الحداد، أخبرنا أبو نعيم، حدثنا أبو عمرو بن حمدان، حدثنا الحسن بن سفيان، حدثنا يعقوب بن سفيان، حدثنا أبو صالح، حدثنا الليث، حدثني عبد الرحمن بن خالد، عن ابن شهاب، عن سالم، **عن ابن عمر قال بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخيبر فلما تبايعنا رجعت على عقبي القهقري فذكر مثله سواء**. اهـ

وفي الباب حديث أبي برزة، وحديث أبي هريرة، وحديث سمرة ابن جندب، من رواية الحسن عنه، وحديث عبد الله بن عمرو، وحديث ابن عباس، وحديث جابر[(١)]، وغيرهم، وفي حديث الصحيحين غنية.

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ أثبت للمتبايعين بعد انعقاد البيع بالإيجاب والقبول الخيار في فسخ البيع أو إمضائه دون رضا الطرف الآخر، ما داما في مجلس العقد، ولم يتفرقا بالأبدان، أو لم يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، بأن قال له: اختر البيع أو فسخه، فاختار إمضاء البيع، أو تفرقا عن مجلس العقد بأبدانهما، فقد لزم العقد، ولا يملك أحدهما الرجوع إلا برضا الطرف الآخر.

ومما يدعم أن هذا هو الفهم الصحيح للحديث أن هذا ما فهمه ابن عمر رضي الله عنه، وهو راوي الحديث، وهو من أهل الفقه وأهل اللسان، فكان إذا اشترى شيئًا، وتم الإيجاب والقبول، قام عن المجلس، ومشى قليلًا، ثم رجع، وذلك ليلزم العقد.

بل إن نقل ابن عمر يدل على أن هذا هو فهم الصحابة رضوان الله عليهم، فحين باع عثمان رضي الله عنه، رجع القهقرى، خشية أن يراده البيع، ولم يكن هذا مذهبًا لابن عمر؛ لأن ابن عمر قال بعده، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا.

ونوقش هذا الاستدلال:

وقف أصحاب القول الأول من الأحاديث التي تثبت خيار المجلس أحد موقفين، إما دعوى النسخ، وإما التأويل، وكلاهما ضعيف.

---

(١) وسيأتي تخريجها كلها إن شاء الله تعالى في مبحث: إذا خير أحدهما الآخر في مجلس العقد، فقد خرجت كل هذه الأحاديث.

أما التأويل، فلهم في ذلك أقاويل كثيرة، أشير إلى أهمها، وقد تركت بعضها لكونه ظاهر الضعف.

من ذلك قولهم: إن هذا خبر آحاد فيما تعم به البلوى، وخبر الواحد فيما تعم به البلوى غير مقبول، وذلك أن البيع يتكرر، ومثل هذا تعم البلوى بمعرفة حكمه، ولأن العادة تقتضي أن ما عمت به البلوى يكون معلومًا عند الكافة، فانفراد الواحد به، على خلاف العادة، فيرد.

وأجيب عنه:

أولًا: لا نسلم هذا التقسيم، فإن تقسيم الأخبار إلى آحاد ومتواتر لم يكن مأثورًا عن السلف، ولا عن المتقدمين من أهل الحديث، وإنما عرف هذا عن أهل الأصول، وهم ليسوا من أهل الأثر، وعند المتأخرين من أهل الحديث، وعلى القول بهذا التقسيم فلا أثر له من جهة العمل بالحديث فلم يكن السلف يفرقون بين الآحاد والمتواتر بالأحكام من جهة وجوب العمل، وكان الرسول ﷺ يبعث الصحابة لدعوة الناس إلى الهدى ودين الحق، وكانت الحجة تقوم بهم، وهم آحاد، والمعتمد في الرواية على عدالة الراوي وجزمه بالرواية. وقد وجد ذلك، وعدم نقل غيره لا يصلح معارضًا لجواز عدم سماعه للحكم. فإن الرسول ﷺ كان يبلغ الأحكام للآحاد والجماعة، ولا يلزم تبليغ كل حكم لجميع المكلفين. وعلى تقدير السماع: فجائز أن يعرض مانع من النقل، أعني نقل غير هذا الراوي.

ثانيًا: سلمنا أن البيع بما تعم به البلوى، ولكن الحديث دليل على إثبات خيار الفسخ، وليس الفسخ مما تعم به البلوى في البيع، فإن الظاهر من الإقدام على البيع: الرغبة من كل واحد من المتعاقدين فيما صار إليه. فالحاجة إلى معرفة حكم الفسخ لا تكون عامة.

ومن التأويل قولهم:

إطلاق لفظ المتبايعين إنما هو يطلق حقيقة على المتشاغلين بالبيع، وهي حالة السوم، وأما قبل صدور الإيجاب والقبول، أو بعد الإيجاب والقبول فيطلق لفظ المتبايعين عليهما مجازًا، فالعاقدان إذا أبرما البيع وتراضيا فقد وقع البيع، فليسا متبايعين في هذه الحال في الحقيقة، كما هو الشأن في سائر أسماء الفاعل، فالمتضاربين والمتقايلين إنما يلحقهما هذا الاسم في حال التضارب والتقايل، وبعد انقضاء الفعل لا يسميان به على الإطلاق وإنما يقال كانا متقايلين ومتضاربين.

وقد دلت السنة على إطلاق لفظ المتبايعين على المتساومين.

(ح-٤٠١) فقد روى البخاري ومسلم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **لا يبع بعضكم على بيع بعض... الحديث**[1].

ورواه البخاري ومسلم من طريق عدي بن ثابت، عن أبي حازم، عن أبي هريرة، وفيه: «**وأن يستام الرجل على سوم أخيه**»[2].

وروى مسلم من طريق العلاء، عن أبيه عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **لا يسم المسلم على سوم أخيه**[3].

وروى مسلم من طريق هشام، عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ وفيه: **ولا يسوم على سوم أخيه**.

---

(١) صحيح البخاري (٢١٥٠)، ومسلم (١٥١٥).

(٢) البخاري (٢٧٢٧)، ومسلم (١٥١٥).

(٣) مسلم (٩ - ١٥١٥).

وفسر مالك النهي عن البيع بالنهي عن السوم «قال مالك: وتفسير قول الرسول ﷺ فيما نرى، والله أعلم: «لا يبع بعضكم على بيع بعض» أنه إنما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه...»[١].

ففسر مالك النهي عن البيع بالنهي عن السوم.

ومما يؤيد أن السوم والبيع شيء واحد، أنه لم يرد اللفظان في حديث واحد، بل الحديث الواحد تارة يأتي بلفظ: لا يبيع بعضكم على بيع بعض، وتارة بلفظ: لا يستام المسلم على سوم أخيه.

(ح-٤٠٢) إلا ما رواه مسلم قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير ابن حرب، وابن أبي عمر، عن سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن سعيد عن أبي هريرة، **أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، أو يتناجشوا، أو يخطب الرجل على خطبة أخيه، أو يبيع على بيع أخيه...** الحديث وزاد عمرو الناقد في روايته: ولا يسم الرجل على سوم أخيه[٢].

وقد انتقد البيهقي رواية عمرو الناقد عن ابن عيينة، وما فيها من مخالفة، وسبق نقل كلامه بتمامه في غير هذا الموضع[٣].

وإذا كانت حقيقة معنى اللفظ ما وصفنا لم يصح الاستدلال في حديث المتبايعان بالخيار على ثبوت خيار المجلس.

فإن قيل: كيف يجوز أن يسمى المتساومان متبايعين قبل وقوع العقد بينهما؟

قيل له: جائز إذا قصدا إلى البيع بإظهار السوم فيه كما نسمي القاصدين إلى

---

(١) الموطأ (٢/ ٦٨٣)، الاستذكار (٢١/ ٦٦).

(٢) مسلم (٥١ - ١٤١٣).

(٣) انظر مسألة: البيع والسوم هل هما شيء واحد، أو هما شيئان مختلفان.

القتل متقاتلين، وإن لم يقع منهما قتل بعد، وكما قيل لولد إبراهيم عليه السلام المأمور بذبحه: الذبيح؛ لقربه من الذبح، وإن لم يذبح؛ وقال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، والمعنى فيه مقاربة البلوغ ألا ترى أنه قال في آية أخرى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وأراد به حقيقة البلوغ، فجائز على هذا أن يسمى المتساومان متبايعين إذا قصدا إيقاع العقد على النحو الذي بينا، والذي لا يختل على أحد أنهما بعد وقوع البيع منهما لا يسميان متبايعين على الحقيقة كسائر الأفعال إذا انقضت زال عن فاعليها الأسماء المشتقة لها من أفعالهم، إلا في أسماء المدح والذم على ما بينا في صدر هذا الكتاب؛ وإنما يقال كانا متبايعين وكانا متقايلين وكانا متضاربين[1].

ويجاب عن هذا من وجوه:

منها: أن هذا الحمل قد يقبل في رواية: (المتبايعان بالخيار)، ولكنه لا يرد على رواية: (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار)، وهذا اللفظ قد اتفق في تخريجه الشيخان من طريق الليث، عن نافع، عن ابن عمر[2].

ومنها: أن إطلاق البائعين على العاقدين بعد صدور الإيجاب والقبول حقيقة لغة وشرعًا، وإطلاق ذلك على العاقدين قبل صدور الإيجاب والقبول مجاز، عكس ما يقوله نفاة خيار المجلس. دليل ذلك من حيث اللغة: أن البائع والبيع مشتق من الفعل، والأسماء المشتقة من الأفعال لا تطلق على مسمياتها إلا بعد

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٤)، شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٤)، تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٣).

(٢) صحيح البخاري (٢١١٢)، ومسلم (١٥٣١).

وجود الفعل، كالقاتل، والزاني، والسارق، فإنها لا تتناول المسمى إلا بعد وجود القتل والسرقة والزنا، فكذلك البيع لا يطلق عليه اسم البائع إلا بعد وجود البيع منه، والبيع يوجد بعد إتمام العقد بالإيجاب والقبول، لا قبله.

وأما دليله من حيث الشرع، فإنه لو قال شخص لعبده: إذا بعتك فأنت حر، فإنه لا يعتق عليه بالمساومة، بل إذا تم العقد عتق عليه[١].

ومنها: أن حمل لفظ المتبايعين على المتساومين من قبيل المجاز، ولا يتحول إلى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الحمل يجعل تقدير الحديث: أن المتساومين بالخيار إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقداه، وهذا تحصيل الحاصل؛ لأن كل واحد يعرف ذلك، فيصان كلام الشارع عن مثل هذا الحمل[٢].

[م-٤٤٤] وأما تفسير مالك بالنهي عن البيع على بيع أخيه بأن المراد به النهي عن السوم على سومه، فهو أمر قد اختلف فيه العلماء.

قال في الفواكه الدواني: «اختلف الناس... فمنهم من فهم أن السوم والبيع شيء واحد، وهو الزيادة في الثمن على عطاء الغير.

ومنهم من فهم أنهما شيئان، فالسوم الزيادة في الثمن، والبيع متعلق بالمثمن: الذي هو السلعة...»[٣].

ومن التأويل قولهم: إن المراد بالتفرق بالحديث التفرق بالأقوال، لا التفرق بالأبدان لقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠].

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥)، المجموع للنووي (٩/ ٢٢٢).

(٢) انظر فتح الباري (٤/ ٣٣١).

(٣) الفواكه الدواني (٢/ ١٠٨).

فإذا قال الزوج لزوجته: طلقتك بكذا، فقالت: قبلت. فقد بانت المرأة منه، وتفرقا بهذا القول، وإن لم يتفرقا بالأبدان.

وقال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤].

ويقال: تشاور القوم في كذا فافترقوا عن كذا، يراد به الاجتماع على قول والرضى به وإن كانوا مجتمعين في المجلس.

وعلى التسليم بأن المراد بالفرقة بالأبدان، فإن المراد بالخيار هنا خيار القبول، وذلك إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذا بكذا، فالمشتري بالخيار في قبول ذلك ما لم يفارق صاحبه بالبدن، فإذا فارق صاحبه بالبدن سقط خياره في القبول، وتفسير الفرقة بهذا له أصل في الشرع متفق عليه، وهي الفرقة في عقد الصرف، فهي فرقة بالبدن باتفاق الفقهاء، فإذا تفرق العاقدان في عقد الصرف بالأبدان قبل القبض بطل العقد، فكذا الفرقة في مسألتنا إذا حصلت بالبدن قبل القبول بطل الإيجاب، وعلى ذلك لا دلالة في حديث ابن عمر ﵄ على خيار المجلس.

ويناقش هذا القول من وجوه:

أولًا: حمل التفرق على الأقوال، وليس على الأبدان من قبيل المجاز، ولا يتحول إلى المجاز إلا عند تعذر حمله على الحقيقة.

«قال البيضاوي: ومن نفى خيار المجلس ارتكب مجازين: بحمله التفرق على الأقوال، وحمله المتبايعين على المتساومين»[١].

ثانيًا: لا يقبل أن يكون اتفاق الإيجاب والقبول، وتطابقهما من قبيل التفرق، بل ذلك من قبيل التوافق والاتفاق.

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣١).

ثالثًا: لو سلمنا أن حديث ابن عمر يحتمل أن يكون التفرق بالأقوال، ويحتمل أن يكون التفرق بالأبدان، فإن الإجماع منعقد على أن المراد أحدهما لا هما معًا، وقد قام دليل على أن المراد بالتفرق هو تفرق الأبدان بعد انعقاد البيع، وهو فعل ابن عمر، وهو راوي الحديث، وفهم أبي برزة، وهو صاحبي جليل، وهما أعلم بمعنى الحديث من غيرهما، بل إن ابن عمر لما حمله على التفرق بالأبدان نسب ذلك إلى السنة.

قال الحافظ: «ابن عمر حَمَلَه على التفرق بالأبدان، وكذلك أبو برزة الأسلمي، ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة»(١).

رابعًا: كيف يفسر التفرق بالأقوال، والحديث قد رواه الشيخان من طريق الليث، عن نافع، عن ابن عمر:

بلفظ: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا...»(٢).

فقوله: (إذا تبايع الرجلان): دليل على أن هذا كان بعد انعقاد البيع، وليس قبله، وأن العاقدين يملكان الرجوع عن العقد بعد انعقاد البيع، وقبل التفرق.

وقوله: (وكانا جميعًا) توكيد لقوله: ما لم يتفرقا، وهو ظاهر بأن المراد بالتفرق هو التفرق بالأبدان، وليس بالأقوال.

خامسًا: أن الاحتجاج بعقد الصرف دليل عليكم، وليس لكم، فإن الفرقة في عقد الصرف تبطل العقد بعد تمام العقد، وقبل القبض، وأنتم حملتم الفرقة قبل إتمام العقد.

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٠).

(٢) صحيح البخاري (٢١١٢)، ومسلم (١٥٣١).

كما أن بعضهم أجاب عن فعل ابن عمر بقوله: «أما ما روي من فعل ابن عمر فلا دلالة فيه على أنه من مذهبه لأنه جائز أن يكون خاف أن يكون بائعه ممن يرى الخيار في المجلس فيحذر منه بذلك حذرا مما لحقه في البراءة من العيوب، حتى خوصم إلى عثمان فحمله على خلاف رأيه ولم يجز البراءة إلا أن يبينه لمبتاعه، وقد روي عن ابن عمر ما يدل على موافقته، وهو ما روى ابن شهاب عن حمزة بن عبد الله عن أبيه قال: ما أدركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع.

وهذا يدل على أنه يرى أن المبيع كان يدخل في ملك المشتري بالصفقة ويخرج عن ملك البائع، وذلك ينفي الخيار»[١].

ويناقش:

قد يقال ذلك لو كان ابن عمر لم ينسب ذلك إلى السنة.

(ح-٤٠٣) فقد روى البخاري معلقًا بصيغة الجزم، قال أبو عبد الله: قال الليث: حدثني عبد الرحمن بن خالد، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، **عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: بعت من أمير المؤمنين عثمان مالًا بالوادي بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، قال عبد الله: فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال**[٢].

[إسناده حسن إن شاء الله][٣].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥٤).

(٢) صحيح البخاري (٤/ ٣٣٢) ٢١١٦ .

(٣) سبق تخريجه، انظر (ث٨١).

وأما الجواب عن أثر ما أدركت الصفقة حيًا مجموعًا فهو من مال المشتري فقد سبق في أدلة المخالفين فأغنى عن إعادته هنا.

هذا موقف التأويل، وأما موقف النسخ:

فقد رأى بعضهم أن الحديث منسوخ، واستدل على النسخ بحديث: **(المسلمون على شروطهم)** وبحديث التحالف عند اختلاف المتبايعين؛ لأنه يقتضي الحاجة إلى اليمين، وذلك يستلزم لزوم العقد، ولو ثبت الخيار لكان كافيًا في رفع العقد، وبقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والإشهاد: إن وقع بعد التفرق لم يطابق الأمر، وإن وقع قبل التفرق لم يصادف محلًا[1].

كما أن ترك العمل بالحديث دليل على نسخه، قال مالك في الموطأ عن خيار المجلس: «وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به».

وإذا كان الحديث ليس معمولًا به مع ثبوته دل ذلك على نسخه.

بل زعم بعضهم أن مالكًا قد احتج بعمل أهل المدينة، وأنه لم ير أحدًا من أهل المدينة يعمل به، وإجماع أهل المدينة عنده حجة، كما قال أبو بكر بن عمرو ابن حزم: إذا رأيت أهل المدينة قد أجمعوا على شيء فاعلم أنه الحق، وإجماعهم عند مالك أقوى من خبر الواحد.

ويناقش:

قال ابن حجر: «لا حجة في شيء من ذلك؛ لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال، والجمع بين الدليلين مهما أمكن لا يصار معه إلى الترجيح، والجمع هنا ممكن بين الأدلة المذكورة بغير تعسف، ولا تكلف»[2].

---

(١) انظر فتح الباري (٤/ ٣٣٠).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٠).

وقد سبق الجواب عن الأدلة المذكورة والتي رأى فيها المخالفون أنها ناسخة لحديث خيار المجلس عند سياق أدلة المخالفين، فأغنى عن إعادته هنا.

وأما القول بأن مالكًا قد احتج بعمل أهل المدينة فإن كلامه ليس صريحًا في هذا، وإنما أخذ ذلك من قوله في الموطأ عن خيار المجلس: «وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به».

جاء في الاستذكار: «لا يجوز لأحد أن يدعي في هذه المسألة إجماع أهل المدينة؛ لأن الاختلاف فيها موجود بها، قال: وإنما معنى قول مالك: وليس لهذا عندنا حد معروف: أي ليس للخيار عندنا حد معروف؛ لأن الخيار عنده ليس محدودًا بثلاثة أيام، كما حده الكوفيون والشافعي، بل هو على حسب حال المبيع، فمرة يكون ثلاثة أيام، ومرة أقل، ومرة أكثر، وليس الخيار في العقار كمثله في الدواب والثياب، هذا معنى قوله ذلك»[1].

وجاء في الفتح: «اشتد إنكار ابن عبد البر وابن العربي على من زعم من المالكية أن مالكًا ترك العمل به لكون عمل أهل المدينة على خلافه، قال ابن العربي: إنما لم يأخذ به مالك؛ لأن وقت التفرق غير معلوم، فأشبه بيوع الغرر، كالملامسة»[2].

قال ابن عبد البر: «لا يصح دعوى إجماع أهل المدينة في هذه المسألة؛ لأن الاختلاف فيها بالمدينة معلوم، وأي إجماع يكون في هذه المسألة إذا كان المخالف فيها عبد الله بن عمر، وسعيد بن المسيب، وابن شهاب، وابن أبي ذئب، وغيرهم، وهل جاء فيها منصوصًا الخلاف إلا عن أبي الزناد،

(١) الاستذكار (٢٠/ ٢٣٣).
(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٠).

وربيعة، ومالك، ومن تبعه، وقد اختلف فيها أيضًا عن ربيعة فيما ذكر بعض الشافعيين.

وقال ابن أبي ذئب - وهو من جلة فقهاء المدينة -: من قال: إن البيعان ليسا بالخيار حتى يفترقا استتيب، وجاء بقول فيه خشونة تركت ذكره، وهو محفوظ عند العلماء...»[١].

☐ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول الأقوى في هذه المسألة، هو قول الشافعية الحنابلة، فالأحاديث صحيحة وصريحة في ثبوت خيار المجلس، ويعتذر عن مالك رضي الله عنه بكونه لم يأخذ بالحديث مع علمه به واطلاعه على صحته: بأنه ما من عالم إلا ترك جملة من أدلة الكتاب أو السنة لمعارض راجح عنده، وليس هذا خاصًا بمالك رضي الله عنه، وهو مأجور على اجتهاده، وهو دليل على أن العالم مهما بلغ من العلم إلا ويقع له في اجتهاده ما يجانب الصواب، وهذا لا يقدح في مكانة الإمام، ولا في علمه، ولا يدعو ذلك إلى ترك الانتفاع به لهذه المسألة أو لعشرات مثلها، وإذا كان هذا مع مالك، عالم المدينة، وهو من هو في الحفظ والإتقان، ورجوح العقل، مع إمامة في الفقه، وكمال في الورع، فكيف يكون الحال مع صغار الطلبة[٢].

---

(١) الاستذكار (٢٠/ ٢٣٣).

(٢) لعلنا نفقه من هذه المسألة وأمثالها طريقة التعامل مع الخلاف الصادر من طلبة العلم، وكيف نتقبل هذا الخلاف باحترام وأدب، فإذا توجه نقدنا للقول بينا ضعفه فيما نظن أننا نخدم العلم، ونقوم بالواجب، وإذا توجه نقدنا للقائل تعاملنا معه بحسن نية، وسلامة صدر، وإحسان ظن بالباعث، وتفهمنا اختلاف المدارك والعقول، دون تجريح للقائل، ودون تسفيه للرأي، خاصة أنها في مسائل يعاد فيها الخلاف ويكرر من الصدر الأول، ولا يزال إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. =

وقد ذكر بعض العلماء أن حديث خيار المجلس لا يعمل به اليوم مطلقًا، قال: «خيار المجلس لا عمل به عندنا الآن في العالم الإسلامي، ولا عمل به في عهد مالك، في مدينة الرسول ﷺ. . .»(١).

وهذا الكلام غير كاف في رد الحديث؛ لأن ترك العمل في أكثر بلدان العالم الإسلامي اليوم إما راجع إلى أن معظم البلاد قد أخذت بالقوانين الوضعية،

وهما عبادتان يستطيع طالب العلم أن يقوم بهما، فلا يحملني نقدي للقول على ظلمي للقائل، ولا يحملني ردي للقول على عدم التماس العذر لقائله.
إن اللجاج الحاصل بين طلبة العلم في مسائل الفقه، بين أصحاب التوجه الواحد إذا فكر فيه الإنسان اليوم جزم أن الباعث عليه إما عسر في الطباع، ودليل على سوء الأخلاق، وهذا هو الأكثر، وإما قصور في طلب العلم مما جعل صاحبه يلج في جهل وجهالة وهذا كثير، وإما حظ خفي للنفس لبس لبوس الغيرة على الدين، والغضب لرب العالمين، وإني أحزن كثيرًا، وتكاد تذهب نفسي حسرات إذا حُمِّل الخلاف الفقهي المشروع بأن مرده إلى اختلاف المناهج، والتأثر بأهل البدع، والاتهام بعدم احترام الآثار، والتأثر بالمدارس العقلية إلى آخر التصانيف الجاهزة عند أناس لديهم استعداد وقابلية في بث الفرقة وأن يكونوا أئمة في الجرح والتعديل بلا حاجة، ولا علم ولا إنصاف، ولا ورع، إن المشتغل بهذا لو علم أن ما وقع فيه من النيل من عرض أخيه أبغض على الله مما أخطأ فيه هذا المجتهد الذي تلمس الحق، ولم يحالفه الحظ إذا سلم أنه قد أخطأ، فالخطأ في الاجتهاد لم يثرب الله عليه، بل رتب الله عليه أجرًا، وهو واقع قدرًا وشرعًا، بينما لم يعذر الله في التجريح والسباب، وسوء الأخلاق، والله وحده هو المستعان على لجم النفس عن الظلم والتجاوز، والتطاول على أهل الفضل والخير والإصلاح، وما أبرئ نفسي، وإني أحاول علاجها ما استطعت، ولا أزال حتى ألقى الله، الشأن في ذلك شأن مراقبة النفس في التجرد والإخلاص، ينازع المرء في ذلك نفس ضعيفة أمَّارة بالسوء طبعت على الظلم والجهل، وشيطان يجري منه مجرى الدم، ويظل الإنسان خائفًا منه ومن نفسه حتى تبلغ الروح الحلقوم، وينقطع العمل، اللهم عفوك وعافيتك، اللهم اغفر لكل من تجاوزنا عليه حتى ترى أننا قد خرجنا من خطئنا عليه إلى السلامة، إنك أنت الوهاب.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٢/ ١٦٢).

وهجرت الرجوع إلى التشريع الإسلامي، وإما بسبب انتشار مذهب الحنفية إبان عصر الدولة العثمانية، وأما بلادي السعودية حرسها الله فإن محاكمها الشرعية لا زالت تأخذ بخيار المجلس، وتقضي به، فلله الحمد والمنة.



المبحث الثالث
في العقود التي يثبت فيها خيار المجلس

هذا الفصل إنما يبحث بناء على قول الشافعية والحنابلة ممن يذهب إلى القول بثبوت خيار المجلس، وهو الراجح، ولا يتأتى هذا البحث على مذهب من لا يثبت خيار المجلس، كالحنفية، والمالكية.

والنصوص الواردة في خيار المجلس إنما وردت في عقد البيع، وضبطه بعض الشافعية بقوله: يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من الجانبين، ليس فيها تملك قهري، ولا جارية مجرى الرخص.

شرح هذا الضابط:

خرج بقوله (في كل معاوضة)، ما لا يعد من باب المعاوضات، كالهبة، والإبراء، وصلح الحطيطة، والقرض.

وخرج بقوله (معاوضة محضة) النكاح والخلع، فإنهما لا يفسدان بفساد المقابل، بخلاف البيع.

وقوله (واقعة على عين) أراد أن يخرج الإجارة، وفيها خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى ذكره، وبيان الراجح.

وقوله (لازمة من الجانبين) أخرج العقود الجائزة من الجانبين كالشركة، والقراض، وأخرج كذلك ما كان لازمًا من جانب واحد كالرهن.

وقوله (ليس فيها تملك قهري) أخرج الشفعة، وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف فيها.

وقوله: (ولا جارية مجرى الرخص) أخرج الحوالة[١].

ويقاس على عقد البيع ما كان في معناه، كالصلح على مال عن دين أو عين أقر بهما؛ لأنه بمعنى البيع، يشترط فيه ما يشترط في البيع.

مثاله: بأن يدعي عليه ألفًا، فيقر بها، ويعطيه بدلًا من الألف عينًا أخرى، فهذا بيع، يثبت فيه خيار المجلس[٢].

أما الصلح عن دم العمد فهو صلح عن القود، فسيأتي إن شاء الله تعالى الكلام فيه.

وأما باقي العقود فمنها ما هو محل وفاق في عدم دخول خيار المجلس فيها، ومنها ما هو محل خلاف. وفي تحرير هذا الفصل يستحسن أن نذكر محل الوفاق بين الشافعية والحنابلة، ثم ننتقل إلى مسائل الخلاف بينهما.



(١) حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٣٢، ٣٣).

(٢) البيان في مذهب الشافعي (٥/ ٢٦).

الفرع الأول
العقود التي لا يدخلها خيار المجلس قولاً واحداً

[م-٤٤٥] اتفق الشافعية[١] والحنابلة[٢] على عدم ثبوت خيار المجلس في العقود الجائزة: وهي العقود التي يملك فيها كل طرف أن يفسخها متى شاء، وذلك مثل الشركة والوكالة والوديعة، والوصية، والعارية، والجعالة.

وكذلك العقود الجائزة من طرف، ولازمة من طرف آخر: وذلك مثل الرهن فهو لازم من جهة الراهن بشرطه، وجائز من جهة المرتهن، وكذلك الضمان جائز من جهة المضمون له دون الضامن.

فهذه العقود لا يثبت فيها خيار المجلس؛ وذلك لأن العقود ما دامت غير لازمة، فإنه يمكن فسخها متى شاء بأصل وضعها، فيغني ذلك عن خيار المجلس.

---

(١) جاء في المجموع (٩/ ٢٠٧): «قال أصحابنا: العقود ضربان:
(أحدهما) العقود الجائزة، إما من الطرفين: كالشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية، والدين، والقراض، والجعالة. وإما من أحدهما: كالضمان، والرهن، والكتابة، فلا خيار فيها كلها؛ لأنه متمكن من الفسخ متى شاء.
وفي وجه ضعيف يثبت الخيار في الكتابة والضمان، وهو ضعيف، وممن حكاه في خيار المجلس وخيار الشرط الدارمي وهو شاذ».

(٢) جاء في المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣، ٢٤): «العقود على أربعة أضرب...
الضرب الثالث: لازم من أحد طرفيه دون الآخر، كالرهن: لازم في حق الراهن، جائز في حق المرتهن، فلا يثبت فيه خيار؛ لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض، وكذلك الضامن والكفيل، لا خيار لهما؛ لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن، وكذلك المكاتب.
الضرب الرابع: عقد جائز من الطرفين، كالشركة، والمضاربة، والجعالة، والوكالة، والوديعة، والوصية، فهذه لا يثبت فيها خيار، استغناء بجوازها، والتمكن من فسخها بأصل وضعها». وانظر الإنصاف (٤/ ٣٦٨).

وأيضًا لأن عقد الرهن والضمان ليسا من عقود المعاوضات، وإنما هما من عقود التوثقة، وخيار المجلس إنما ثبت في عقد البيع، وهو من عقود المعاوضة.

لأن خيار المجلس إنما ثبت في البيع، وهو عقد لازم من الطرفين، فلا يثبت إلا في عقد البيع، أو ما كان في معناه.

كما اتفق الفقهاء على أن خيار المجلس لا يثبت في عقد النكاح، والطلاق، والعتق على مال، والصلح من دم العمد إذا تعاقداه بينهما. وممن حكى الإجماع الطبري[١].

وقال النووي: «ولا خيار فيه - يعني النكاح - بلا خلاف»[٢].

قال ابن قدامة: «ولأن النكاح لا يقع غالبًا إلا بعد رؤية ونظر وتمكث، فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد»[٣].

وقال الجصاص: «اتفاق الجميع على أن النكاح والخلع، والعتق على مال، والصلح من دم العمد إذا تعاقداه بينهما صح بالإيجاب والقبول من غير خيار يثبت لواحد منهما»[٤].

والصحيح أن الخلاف في الخلع محفوظ.

ولم يثبت خيار المجلس في الصلح عن دم العمد؛ لأنه في معنى العفو عن القود[٥].

---

(١) تفسير الطبري (٥/ ٣٤).
(٢) المجموع (٩/ ٢٠٩)، وانظر المغني (٤/ ٦).
(٣) المغني (٤/ ٦).
(٤) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).
(٥) انظر حواشي الشرواني (٤/ ٣٣٥).

ولا يثبت خيار المجلس في الإبراء؛ لأنه يقصد به الإرفاق، ولا يقصد به المعاوضة[(١)].

ولا يدخل خيار المجلس في صلح الحطيطة: وهو أن يدعي عليه ألفًا، فيقر له فيها، ثم يبرئه من بعضها، ويأخذ منه الباقي، فلا خيار فيه كالإبراء[(٢)].

ولا يثبت خيار المجلس في القرض؛ لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى لخيار المجلس[(٣)].

ولأن القرض ليس من عقود المعاوضة.

ولا يثبت خيار المجلس في الوقف، ولا في العتق؛ ولا في الطلاق لأن ذلك ليس بيعًا[(٤)].

ولا يثبت خيار المجلس في الهبة إذا لم يرد بها الثواب؛ لأن خيار المجلس إنما ثبت في البيع، والهبة من عقود الإحسان، وليست من عقود المعاوضات[(٥)].

هذه هي المسائل التي وقفت عليها من حيث العقود التي لا يدخلها خيار المجلس بالاتفاق، وهناك مسائل اختلف فيها القول بين الشافعية والحنابلة نعرض لها إن شاء الله تعالى في الفصل اللاحق، سائلين الله وحده عونه وتوفيقه.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥)، المجموع (٩/ ٢٠٩).
(٢) البيان في مذهب الشافعي (٥/ ٢٦).
(٣) المهذب (١/ ٣٠٣).
(٤) البيان في مذهب الشافعي (٥/ ٢٧)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤)، الإنصاف (٤/ ٣٦٨).
(٥) كفاية الأخيار (١/ ٢٤٣)، وقال في الإنصاف (٤/ ٣٦٧): «وإن كانت بغير عوض - يعني الهبة - فهي كالوصية، لا يثبت فيها خيار، استغناء بجوازها».



الفرع الثاني
العقود المختلف في ثبوت خيار المجلس فيها

❑ **الأول: الصرف والسلم.**

[م-٤٤٦] اختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس في عقدي الصرف والسلم على قولين:

القول الأول:

يثبت فيها خيار المجلس، وهو مذهب الشافعية[١]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٢] لتناول البيع لهما، ولأن خيار المجلس شرع للنظر في الحظ في المعاوضة، وهو موجود فيهما.

القول الثاني:

لا يثبت فيهما خيار المجلس، وهو قول في مذهب الحنابلة[٣]، قياسًا على خيار الشرط فإنه لا يصح فيهما.

والأول أصح، وامتناع خيار الشرط فيهما؛ لأنهما يفتقران إلى القبض في المجلس، فلو أثبتنا فيهما خيار الشرط أدى إلى أن يفترقا قبل تمامهما، وهذا لا يصح. وهذا المعنى غير موجود في خيار المجلس.

❑ **الثاني: الإقالة.**

[م-٤٤٧] اختلفوا في الإقالة، هل يثبت فيها خيار المجلس؟ على قولين:

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٢٥).
(٢) المغني (٤/ ٢٤)، الإنصاف (٤/ ٣٦٥).
(٣) انظر المرجعين السابقين.

القول الأول:

لا يثبت فيها خيار المجلس، باعتبار أن الإقالة فسخ، وهو قول في مذهب الشافعية(١)، والصحيح من مذهب الحنابلة(٢).

القول الثاني:

يثبت فيها خيار المجلس، إن قيل هي بيع، وهو قول في مذهب الشافعية(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

والصحيح الأول، وهو أن الإقالة فسخ، وليست بيعًا، وقد أفردت هذه المسألة بالبحث في أحكام الفسخ في آخر عقد البيع.

❑ الثالث: عقد الشفعة

[م-٤٤٨] لا يدخل خيار المجلس الشفعة في حق المشتري؛ لأنه يؤخذ منه المبيع قهرًا(٥).

واختلفوا في ثبوت الخيار للشفيع على قولين:

القول الأول:

ليس له خيار مجلس، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية(٦)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٧).

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٩)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).
(٢) الإنصاف (٤/ ٣٦٨).
(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥)، المجموع (٩/ ٢٠٩).
(٤) الإنصاف (٤/ ٣٦٨).
(٥) مغني المحتاج (٢/ ٤٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥)، المجموع (٩/ ٢٠٩).
(٦) سيأتي بعد قليل النقل عن النووي من كتاب المجموع.
(٧) الإنصاف (٤/ ٣٦٨).

قال النووي: «ولا يثبت في الشفعة للمشتري، وفي ثبوته للشفيع وجهان مشهوران، أصحهما: لا يثبت... وهو الراجح في الدليل أيضًا»[١].

ولأن الشفيع يستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه، فأشبه فسخ البيع بالرد بالعيب.

القول الثاني:

له حق خيار المجلس؛ لأن الشفيع قبل المبيع بثمنه، فأشبه المشتري، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية[٢]، وساقه ابن قدامة احتمالًا[٣].

«فإن أثبتناه، فقيل: معناه: أنه بالخيار بين الأخذ والترك، ما دام في المجلس مع تفريعنا على قولنا: الشفعة على الفور.

قال إمام الحرمين: هذا الوجه غلط، بل الصحيح أنه على الفور، ثم له الخيار في نقض الملك، ورده ما دام في المجلس، وهذا هو الصواب، وهي حقيقة خيار المجلس»[٤].

وقد بحثت هذه المسألة ولله الحمد بأدلتها في عقد الشفعة، فانظر هناك.

❑ الرابع: عقد الحوالة.

[م-٤٤٩] اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في عقد الحوالة.

قال النووي: ولا يثبت في الحوالة - يعني خيار المجلس - إن قلنا: إنها

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٩)، وانظر روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).

(٢) تأمل كلام النووي المتقدم نقله.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٢٤): «يحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس؛ لأنه قبل المبيع بثمنه، فأشبه المشتري». وانظر الإنصاف (٤/ ٣٦٨).

(٤) المجموع (٩/ ٢٠٩)، وانظر روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).

ليست معاوضة، وإن قلنا: معاوضة لم يثبت أيضًا على أصح الوجهين؛ لأنها ليست على قاعدة المعاوضات»[(١)].

وقال في شرح منتهى الإرادات: «ولا في حوالة - يعني: ولا يثبت خيار مجلس في حوالة - لاستقلال أحد المتعاقدين بها»[(٢)].

وأجود ما يعلل به هو أن الحوالة ليست من قبيل البيع.

وانظر بحث هذه المسألة بتوسع في عقد الحوالة.

☐ الخامس: في هبة الثواب.

[م-٤٥٠] اختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس فيها على قولين:

القول الأول:

لا يثبت فيها الخيار، وهو الأصح في مذهب الشافعية[(٣)].

لأنها وإن وكانت معاوضة، فليس القصد منها العوض، فلم يثبت فيها الخيار كالنكاح[(٤)].

القول الثاني:

يثبت فيها خيار المجلس؛ وهو قول في مذهب الشافعية[(٥)]، وقول في مذهب الحنابلة؛ لأنه يراد بها المعاوضة، والعبرة بالعقود بمعانيها، لا بألفاظها.

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٩)، وانظر روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦).

(٣) كفاية الأخيار (١/ ٢٤٣)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤)، وقال الشربيني في الإقناع (٢/ ٢٨٤): «أما الهبة بثواب، فإنها بيع، يثبت فيها الخيار على المعتمد، خلافًا لما جرى عليه في المنهاج».

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٧).

(٥) انظر المرجع السابق.

قال في الإنصاف: «الهبة... إن كانت بعوض ففي ثبوت الخيار فيها روايتان، مبنيتان على أنها هل تصير بيعًا، أو يغلب عليها حكم الهبة؟... وجزم في التلخيص والخلاصة والبلغة بأن الخيار يثبت فيها»[١].

❑ السادس: عقد الإجارة

[م-٤٥١] إن كانت الإجارة في الذمة فاختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس فيها على قولين:

القول الأول:

ذهب بعض الشافعية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة إلى القول بثبوت خيار المجلس فيها؛ لأنها تشبه السلم، والسلم يدخله خيار المجلس، لكونه نوعًا من البيوع[٢].

القول الثاني:

لا يثبت الخيار في الإجارة ولو كانت في الذمة، وهو قول في مذهب الشافعية[٣]، وحكاه بعضهم وجهًا في مذهب الحنابلة[٤].

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٦٧).

(٢) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ١٠٢): «أما الإجارة الواردة في الذمة فيثبت فيها الخيار؛ إذ لا يحذر فيها فوات منفعة، والإجارة بيع تحقيقًا».
وجاء في روضة الطالبين (٣/ ٤٣٦): «قال القفال وطائفة: الخلاف في إجارة العين، أما الإجارة في الذمة فيثبت فيها قطعًا - يعني الخيار - كالسلم».
وانظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٣٧).
وجاء في الإنصاف (٤/ ٣٦٤): «يثبت خيار المجلس في الإجارة مطلقًا على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب... وأطلق في الرعاية الكبرى الوجهين في الإجارة في الذمة، وجزم في الحاوي الكبير بثبوت الخيار فيها».

(٣) إعانة الطالبين (٣/ ٢٧).

(٤) الإنصاف (٤/ ٣٦٥).

❑ وجه هذا القول:

أن الإجارة ليست بيعًا، لأن حقيقة البيع: مبادلة المال بمال على وجه التأبيد، ولا تأبيد في الإجارة.

وإن كانت الإجارة على عين، فاختلف القول فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يثبت الخيار فيها في أصح القولين في مذهب الشافعية[(١)]، وهو قول في مذهب الحنابلة[(٢)].

وعلل الشافعية ذلك: بأن عقد الإجارة عقد غرر؛ إذ هو عقد على معدوم، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر[(٣)].

القول الثاني:

لا يثبت خيار المجلس في الإجارة إذا كانت على مدة تلي العقد. وهو قول في مذهب الحنابلة[(٤)].

وعللوا ذلك بأن الإجارة إذا كانت على مدة تلي العقد أدى خيار المجلس إما إلى تفويت بعض منافع العين مدة الخيار، أو التصرف في العين المؤجرة مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز.

القول الثالث:

يثبت الخيار في الإجارة مطلقًا، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[(٥)]، وقول

---

(١) المهذب (١/ ٤٠٠)، الوسيط (٣/ ١٠١، ١٠٢)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٦٤).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٤).

(٤) الإنصاف (٤/ ٣٦٥)، الفروع (٤/ ٨١)، المبدع (٤/ ٦٤).

(٥) قال في الإنصاف (٤/ ٣٦٤): «يثبت خيار المجلس في الإجارة مطلقًا على الصحيح من =

في مذهب الشافعية[١].

وهذا هو الصحيح؛ وعلل ذلك بأن خيار المجلس ثبت في البيع، والإجارة في حقيقتها نوع من أنواع البيع، وكونها مؤقتة لا يمنع أن تكون بيعًا.

☐ السابع: عقد المساقاة والمزارعة.

[م-٤٥٢] اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس فيهما، بناء على اختلافهم هل عقد المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة، أو من العقود اللازمة؟

فعلى القول بأنهما من العقود الجائزة، فلا يدخل فيها خيار المجلس، إذ يستغنى بجواز العقد عن ثبوت الخيار، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٢].

وعلى القول بأن العقد فيهما لازم، فقد اختلفوا في ثبوت خيار المجلس فيهما على قولين:

القول الأول:

لا يثبت فيهما خيار المجلس؛ لأن العقد فيهما لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية[٣]، وقول في مذهب الحنابلة[٤].

= المذهب، وعليه أكثر الأصحاب...»، كشاف القناع (٣/ ١٩٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥)، المحرر (١/ ٢٧٢).

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٤).

(٢) المغني (٥/ ٢٣٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٤)، المبدع (٤/ ٦٥)، المحرر (١/ ٢٧٤)، الإنصاف (٤/ ٣٦٦).

(٣) السراج الوهاج (ص١٨٤)، منهاج الطالبين (ص٤٧)، المهذب (١/ ٣٩٢)، الأشباه والنظائر (ص٤٥٤)، المجموع (٩/ ٢١١)، أسنى المطالب (٢/ ٤٧).

(٤) المحرر (١/ ٢٧٤)، المبدع (٤/ ٦٥)، الكافي (٢/ ٢٩٣)، الإنصاف (٤/ ٣٦٦).

القول الثاني:

يثبت فيهما خيار المجلس؛ لأنهما عقدان لازمان، يقصد بهما المال، فأشبه البيع. وهو قول في مذهب الشافعية[١]، وقول في مذهب الحنابلة[٢].

والراجح أن عقد المساقاة والمزارعة كعقد المضاربة عقد جائز، وليس بلازم، وانظر بحث هذه المسألة في عقدي المساقاة والمزارعة، فقد بحثتها هناك، ولله الحمد.

❑ الثامن: بيع المزايدة.

[م-٤٥٣] لا يختلف الفقهاء في أن بيع المزايدة يدخل ضمن عقد البيع، وكان الأصل أن كل ما ثبت أنه بيع، فإنه يشمله عموم قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**».

ودعم هذا الفهم ما جاء في مواهب الجليل عن نقل العمل في مكة في زمنه، حيث يقول: «جرت العادة أيضًا بمكة أن من رجع بعد الزيادة لا يلزمه شيء ما دام في المجلس، وهذا والله أعلم مبني على القول بخيار المجلس، كما هو مذهب الشافعي، والله أعلم»[٣]. اهـ كلام الحطاب.

وقد أثار بعض الباحثين المعاصرين أن الأخذ بخيار المجلس في بيع المزايدة يتضمن ضررًا بالغًا؛ وذلك أن المشتري إذا استقر عليه المزاد، ثم أظهر رغبته في السلعة تفرق الناس، فإذا رجع عن الشراء في المجلس بعد تفرق الناس

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ٢١١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٣٧).
(٢) المغني (٥/ ٢٣٥)، المحرر (١/ ٢٧٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩٣)، المبدع (٤/ ٦٥).
(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

يكون قد ألحق بالبائع ضررًا كبيرًا، لأنه فوت عليه فرصة اجتماع الناس للشراء، ولأن إعادة الناس إلى المزاد مرة أخرى بعد أن تفرقوا فيه مشقة كبيرة.

ودفعًا لهذا الضرر فهناك من رجح أن بيع المزاد لا يثبت فيه خيار المجلس، ورأى أن بيع المزاد مخصوص من عموم حديث: (**البيعان بالخيار**).

يقول الشيخ عبد الله بن منيع:

«لا شك أن خيار المجلس ثابت بنص صريح عن رسول الله ﷺ، لكن فيما يتعلق بالمزايدة، هل يمكن أن يدخل خيار المجلس في المزايدة؟ في الواقع رسول الله ﷺ أجرى المزايدة في القدح والحلس، ولم يثبت لمن باعه هاتين السلعتين، لم يثبت له الخيار، إذن ممكن أن يكون البيع بالمزايدة مخصصًا لعموم خيار المجلس: بمعنى أنه لا خيار لمن اشترى عن طريق البيع بالمزايدة، لأنه حينما يختار الرد، فمعنى ذلك أن يفوت هذه الفرصة التي قد توجد المشقة في إعادتها مرة ثانية، ورسول الله ﷺيقول: **لا ضرر ولا ضرار**»[١].

ويتعقب هذا الكلام بأمرين:

الأول: أن خيار المجلس حق للمتبايعين، وليس واجبًا، فقد يقع البيع، ولا يحتاج أحد منهما إلى خيار المجلس، ويمضيان في العقد، وهذا هو الغالب في العقود، ولا يعني هذا أن خيار المجلس ليس ثابتًا.

الثاني: أن النصوص الواردة في بيع المزاد لم يكن فيها نص على نفي خيار المجلس حتى يقال: إن بيع المزاد مخصوص من العموم، غاية ما فيها أن خيار المجلس لم يتعرض له، لا في نفي ولا إثبات، فتبقى النصوص على عمومها.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ٢/ ص١٥٧، ١٥٨).

يقول الشيخ علي التسخيري تعقيبًا على الشيخ ابن منيع: «النصوص التي تحدثت عن عمل الرسول عليه الصلاة والسلام لم تقل: إن الرسول ﷺ نفى خيار المجلس حتى يمكن أن تكون هذه النصوص مخصصة لعموم خيار المجلس للبيعتين والمتعاقدين إذا عممنا، فالعموم باق على حاله. فالرسول ﷺ ما قال: إنه أسقط حق الخيار في هذه العين، عمل هذا العمل دون أن نعلم أنه أسقط حق الخيار حتى تخصص عموم خيار المجلس، فخيار المجلس باق على حاله، ولا يمكننا تخصيصه بمثل هذا النص»[1].

ومن الباحثين من دفع هذا الضرر عن طريق أن يخير البائع المشتري قبل تفرق الناس ليكون البيع لازمًا قبل التفرق، أو يعود إلى المزاد قبل تفرق الناس.

وهذا الحل جيد باعتبار أنه لا يعطل النصوص العامة التي تثبت خيار المجلس، ويدفع في نفس الوقت الضرر اللاحق بالبائع من رجوع المشتري عن العقد زمن الخيار.

يقول الشيخ علي السالوس من خلال مناقشة البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي: «المسألة الثانية تتعلق بمذهب خيار المجلس، وكما تفضل به بعض الأخوة، فإنه لو أثبتنا خيار المجلس هنا لذهبت فائدة المزايدة رأسًا، وإني مع الأخوة الذين يرجحون حديث خيار المجلس، وقد أثبتوا في كتاب شرح مسلم: أن أدلة الجمهور في ذلك أقوى، ولكن مع ذلك ربما يكون هناك مخرج أضعه أمام أصحاب الفضيلة، وهو أن النبي ﷺ عندما أثبت خيار المجلس قال: (**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا**) ولقد فسر الشافعية كلمة أو يختارا: بأنه إذا قال البائع فور إتمام البيع: اختر، فإن ذلك البيع يكون لازمًا حتى قبل انقضاء

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ٢/ ص١٥٩).

المجلس، فلو كان هذا الأمر مسبقًا من قبل الإعلانات أن هذا البيع لا يكون فيه خيار المجلس، هل يدخل ذلك في مثل قول البائع: اختر، لم يقلها بعد تمام البيع ولكنه قال ذلك قبل تمامه. وحينئذ يكون هناك، مخرج لنفي خيار المجلس في هذه البيعة»(١).

❑ التاسع: العقد الذي يتولى شخص واحد طرفيه.

[م-٤٥٤] لو تولى شخص واحد طرفي العقد، بأن يكون المشتري هو البائع: كأن يشترى لنفسه من مال ولده، أو يشتري من ماله لوله.

فقد اختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس في هذه الحالة على قولين:

القول الأول:

لا يثبت خيار المجلس في مثل ذلك، وهذا وجه في مذهب الشافعية(٢)، وهو المشهور من مذهب الحنابلة(٣).

وقال القرافي المالكي: «لو صح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد، كشراء الأب لابنه الصغير، والوصي، والحاكم؛ لأن ذلك مجتمع عليه، فيلزم ترك العمل بالدليل. وعلى قولنا: لا يلزم»(٤). يعني قولهم بعدم مشروعية خيار المجلس مطلقًا.

وليس الأمر مجمعًا عليه، بل الخلاف محفوظ حتى في هذه المسألة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ٢/ ص١٥٢).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٦٣)، المغني (٤/ ٦).

(٤) الذخيرة (٥/ ٢٢).

القول الثاني:

يثبت خيار المجلس إذا تولى شخص طرفي العقد، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية[١]، ووجه في مذهب الحنابلة[٢].

وبناء على هذا الوجه:

قيل: يلزم العقد بمفارقة الموضع، وهو الأصح عند الشافعية[٣].

وقيل: لا يحصل اللزوم إلا بقوله: اخترت لزوم العقد؛ لأنه لا يمكن أن يفارق نفسه وإن فارق الموضع[٤].

❏ العاشر: شراء من يعتق عليه

[م-٤٥٥] اختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس فيما لو اشترى العاقد ذا رحم محرم على قولين:

القول الأول:

يثبت فيه خيار المجلس، وهو مذهب الشافعية، بناء على أن الملك في زمن الخيار إما للبائع، أو موقوف[٥].

القول الثاني:

لا يثبت فيه خيار المجلس؛ لعتقه بمجرد العقد، وهو مذهب الحنابلة[٦].

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥)، المجموع (٩/ ٢٠٧).
(٢) الإنصاف (٤/ ٣٦٣).
(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٥).
(٤) انظر المرجعين السابقين.
(٥) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٦)، المجموع (٩/ ٢٠٨).
(٦) المبدع (٤/ ٦٤).

❑ الحادي عشر: شراء العبد نفسه من سيده.

[م-٤٥٦] اختلف العلماء في ثبوت الخيار في شراء العبد نفسه من سيده على قولين:

القول الأول:

يثبت فيه خيار المجلس، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية[١].

القول الثاني:

لا يثبت فيه الخيار، وهو وجه في مذهب الشافعية[٢]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣]. وعللوا ذلك بأنها وسيلة للعتق، والعتق ليس فيه خيار مجلس. والصحيح الأول.

❑ الثاني عشر: الخلع.

[م-٤٥٧] اختلف العلماء في الخلع هل يثبت فيه خيار المجلس؟

فقيل: يثبت؛ لأنه معاوضة، فإذا فسخ بقي الطلاق رجعيًا.

وقيل: لا يثبت؛ لأن القصد منه الفرقة دون المال، فأشبه النكاح، والقولان وجهان في مذهب الشافعية[٤].

وذكر صاحب الإنصاف عن الحاوي الكبير، فيما إذا قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك بها طلقة، احتمالين:

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٨، ٢٠٩)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٦).
(٢) انظر المرجعين السابقين.
(٣) الإنصاف (٤/ ٣٦٣)، كشاف القناع (٣/ ١٩٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥).
(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٨).

أحدهما: عدم الخيار مطلقًا.

والثاني: يثبت له الخيار في الامتناع من قبض الألف، ليكون الطلاق رجعيًا[١].

❑ الثالث عشر: الصداق.

[م-٤٥٨] قال العمراني: «اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يثبت فيه الخيار.

ومنهم من قال: يثبت إذا شرط»[٢].

ومحل التردد فيه، هل هذا التعامل في معنى البيع، لاشتماله على المعاوضة، أو لا يقصد به المعاوضة، فلا يثبت فيه الخيار.

❑ الرابع عشر: السبق والرمي.

[م-٤٥٩] فيه قولان في ثبوت خيار المجلس وعدمه.

فإن قيل: بأنهما جعالة، فلا خيار فيهما. وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٣].

وإن قيل: هما عقدان لازمان، دخلهما خيار المجلس. وهو قول في مذهب الحنابلة[٤].

والقولان محكيان في مذهب الشافعية:

قال العمراني: «وأما السبق والرمي، فإن قلنا: إنهما كالجعالة، فهما عقدان

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٦٨).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٨).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٦٦).

(٤) انظر المرجع السابق.

جائزان، فلا يثبت فيهما الخيار، وإن قلنا: إنهما كالإجارة، فقد مضى حكمهما»[١].

❑ الخامس عشر: القسمة.

[م-٤٦٠] تنقسم القسمة إلى قسمين:

الأولى: قسمة التراضي: وهو ما كان فيها ضرر، أو رد عوض، فهذه بمعنى البيع، فيثبت فيها خيار المجلس.

الثاني: قسمة الإجبار، وهذه عكس الأولى، فلا يثبت فيها خيار المجلس؛ لأنها من قبيل فرز الحق.

ولأن قسمة الإجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها، إذ في كل لحظة يملك الإجبار، فلا يقع ثبوت الخيار في فسخها، ولأن القسمة فيها واجبة، وحيث وجبت القسمة فينبغي أن تكون لازمة، لأن أحدهما لو فسخها كان للآخر مطالبته بإعادتها، فلا فائدة في فسخها[٢].



(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٨).

(٢) انظر البيان للعمراني (٥/ ٢٨)، القواعد لابن رجب (ص٤١٣)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٥٢)، كشاف القناع (٣/ ١٩٩).



المبحث الرابع
خيار المجلس في حال اختلف مكان المتعاقدين

الفرع الأول
البيع بالهاتف ونحوه

[ن-٤٥] قد يعقد البيع مع اختلاف مكان المتعاقدين كما في حال البيع عن طريق الهاتف، أو عن طريق الكتابة والرسالة، وسوف نتكلم أولًا على حكم الفقهاء في البيع بالهاتف، فإذا صح البيع تكلمنا في ثبوت خيار المجلس؛ لأن المسألة الثانية فرع عن المسألة الأولى.

البيع عن طريق الهاتف أصبح يمارس اليوم على نطاق واسع في محيط التعامل بين المشتغلين بأمور التجارة، ولذا يجب بسط الكلام فيه، خاصة أن الفقهاء قديمًا لم يتعرضوا لحكمه لعدم وجود الهاتف في عصرهم، ولكن يوجد من عموم كلامهم ما يستدل به على حكم البيع بالهاتف.

فقد صرح الحنفية والشافعية أن المتعاقدين لا يشترط فيهما قرب المكان ولا رؤية بعضهما البعض في صحة العقد.

فهذا ابن نجيم في البحر الرائق يصحح البيع، ولو كان بين البائع والمشتري نهر عظيم تجري فيه السفن، ثم قال: «وقد تقرر رأي في أمثال هذه الصورة على أنه إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع، وإلا فلا، فعلى هذا الستر بينهما الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع»[1].

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).

وجاء في الفتاوى الهندية: «والبعد إن كان بحال يوجب الالتباس بقول كل واحد منهما يمنع، وإلا فلا»(١).

جاء في المجموع: «لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا صح البيع»(٢).

ويقول الشيخ أحمد إبراهيم: «وأما العقد بالتليفون فالذي يظهر أنه كالعقد مشافهة، مهما طالت الشقة بينهما، ويعتبر العاقدان كأنهما في مجلس واحد، إذ المعنى المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر، ويتبينه، وهذا حاصل في الكلام بالتليفون، كما هو مشاهد لنا، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب، وتصنع صوت الغير، لكن هذا قد يحصل في الرسالة والكتابة أيضًا»(٣).

ويقول الأستاذ علي الخفيف: «إذا استعملا التليفون بالتعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد ما دامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتقلا منه إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد، وبطل بذلك الإيجاب»(٤).

وقد تبين لنا في بحث ألفاظ الإيجاب والقبول أن الشرع يعتبر الرضا هو الأساس في صحة العقود؛ لهذا أجاز الفقهاء التعاقد بالرسالة والكتابة وبالإشارة والمعاطاة، بل أجاز البيع بكل ما يدل على الرضا عرفًا، فكل ما عده الناس بيعًا فهو بيع، ومنه البيع عن طريق الهاتف.

يقول الحطاب: «واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية، ففيها دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٦).
(٢) المجموع (٩/ ٢١٤).
(٣) مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الخامس (ص٦٥٦).
(٤) أحكام المعاملات الشرعية، حاشية (ص١٩٢).

هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل»(١).

واختار النووي والمتولي والبغوي من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة انعقاد البيع بكل ما يعده الناس بيعًا(٢).

وفي القانون المدني المصري: «يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان»(٣).

والذي قد يحتاج إلى توضيح في البيع بالهاتف ونحوه، الكلام في مسائل منها:

المسألة الأولى: قول الفقهاء اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

[م-٤٦١] ما الذي يقصده الفقهاء بقولهم: اتحاد مجلس العقد، أو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد؟

ليس المراد من اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد كون المتعاقدين في مكان واحد؛ لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر كما مر علينا في البيع عن طريق المكاتبة أو المراسلة، وإنما المراد باتحاد المجلس: الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد،

فمجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالًا

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨، ٢٢٩).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٣)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٦)، الإنصاف (٤/ ٢٦٤)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧).

(٣) المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، مادة (١٤٠).

للإيجاب، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت.

وبناء عليه يكون اتحاد المجلس في العقد عن طريق الهاتف: هو زمن الاتصال، فما دامت المحادثة في شأن العقد قائمة اعتبر المجلس قائمًا، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهيًا[١].

المسألة الثانية:

[م-٤٦٢] هل يثبت خيار ما يسمى بـ(خيار المجلس) في البيع بالهاتف عند القائلين به، وهم الشافعية والحنابلة، وإذا قلنا بثبوته فكيف نكيفه.

قال النووي: «لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا صح البيع، وأما الخيار:

فقال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال: لا خيار لهما؛ لأن التفرق الطارئ يقطع الخيار، فالمقارن يمنع ثبوته.

قال: ويحتمل أن يقال: يثبت ما داما في موضعهما، فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره، وهل يبطل خيار الآخر أم يدوم إلى أن يفارق مكانه، فيه احتمالان للإمام، وقطع المتولي بأن الخيار يثبت لهما ما داما في موضعهما، فإذا فارق أحدهما موضعه، ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه في الموضع عد تفرقا، حصل التفرق، وسقط الخيار، هذا كلامه، والأصح في الجملة ثبوت الخيار، وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه، وينقطع بذلك خيارهما جميعًا.

---

(١) انظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (ص٤٢٣)، المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقاء (فقرة: ١٧١).

وسواء في صورة المسألة كانا متباعدين في صحراء، أو ساحة، أو كانا في بيتين من دار، أو في صحن، أوصُفَّة، صرح به المتولي، والله أعلم»(١).

وفي البيع بالهاتف اختلف الفقهاء المعاصرون في ثبوت خيار المجلس فيه على قولين:

القول الأول:

لا يوجد خيار مجلس في الهاتف؛ لأن قوله: **«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»** إذا حملنا التفرق على تفرق الأبدان، وهو الصحيح، فإن الأبدان قد تفرقت، فأحدهما في المشرق، والآخر في المغرب، فقضية خيار المجلس ينبغي ألا يحدث لأن الوسائل الحديثة أحدثت لنا طريقة أو وضعًا غير موجود في حديث الخيار، ولا يدل عليه الحديث إلا بتمحص وتكلف وقياسات لا يدل عليها الحديث، فتحقيق المناط غير متحقق في هذا.

القول الثاني:

ذهب آخرون إلى أنه يمكن لنا أن نحدد مجلس العقد في بيع الهاتف.

يقول الأستاذ علي الخفيف رحمه الله: «إذا استعملا التليفون بالتعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد ما دامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتقلا منه إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد...»(٢).

وحتى نعرف القول الراجح لا بد لنا من معرفة مقصد الشارع من تشريع ما يسمى بخيار المجلس، فهو لم يقصد احترام المجلس (مكان التبايع) لذات المجلس، بل قصد أن يكون هناك فترة من الزمن بعد الإيجاب والقبول يتروى

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٤).

(٢) أحكام المعاملات حاشية (ص١٩٢).

فيها كل من المتعاقدين خشية أن يحدث تسرع في الصفقة، لأن البيع قد يقع فجأة من غير ترو ولا نظر، فجعل الشارع هذا الخيار ليحق له الرجوع، وإذا كان المقصود بالمفارقة هو مفارقة مكان التبايع فالمكان قائم في كل صفقة، فالحكم يتعلق بمكانهما إن كانا حاضرين، أو تعلق الحكم باتصالهما إن كانا غائبين، وليس من شرط قيامه اتحاد المكان، وقد ناقشت فيما سبق المكان في حالة البيع بالمكاتبة والمراسلة، فالمراد بالمكان هنا هو مكان الاتصال، فإذا انقطع الاتصال بين المتصلين فقد افترقا.

المسألة الثالثة:

[م-٤٦٣] البيع بالتليفون لا يصح فيما يشترط فيه القبض الفوري إلا إذا تم القبض بعد انتهاء المكالمة مباشرة، كأن يكون لكل واحد منهما عند الآخر وكيل بالقبض مثلًا، أو نحو ذلك، فالعقود في الأموال الربوية لا يتم فيها العقد بالهاتف إلا مع هذا الضابط.

الفرع الثاني
خيار المجلس في حال كان البيع عن طريق الكتابة

[م-٤٦٤] إذا تم البيع عن طريق الكتابة، فهل يثبت في هذا العقد خيار المجلس؟

اختلف العلماء فيه على قولين:

القول الأول:

يثبت فيه خيار المجلس على خلاف في المجلس المعتبر:

فقيل: المعتبر مجلس المكتوب إليه وحده، ولا يعتبر للكاتب مجلس أصلًا، اختاره الغزالي والنووي من الشافعية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة.

جاء في المجموع: «قال الغزالي في الفتاوى: إذا صححنا البيع بالمكاتبة، فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس القبول. قال: ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه»[(١)].

ولم يذكر غيره النووي، وهذا دليل على أنه هو القول الذي يرتضيه.

وجاء في مطالب أولي النهى: «ويتجه لو كان المتبايعان في بلدتين، أو بلدة واحدة، وكل واحد منهما في محلة منها، فتبايعا بمكاتبة، فيحصل تفرقهما، بمفارقة مجلس وقع فيه قبول من مشتر، أو وكيله، أو وليه»[(٢)].

وقيل: المعتبر مجلس كل منهما.

---

(١) المجموع (٩/ ١٩٨)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٩)، وانظر حاشية الجمل (٣/ ١٠٧).

(٢) مطالب أولي النهى (٣/ ٨٨).

جاء في حاشية قليوبي: «لو كان البيع بالمكاتبة، فالمعتبر مجلس كل منهما، بعد قبول المكتوب إليه، فمن فارقه منهما بطل خيارهما، كذا قاله شيخنا. فراجعه مع ما مر في البيع الذي اعتبر مجلس المكتوب إليه وحده بعد قبوله، وهو الوجه هنا»(١).

وفي حاشية الجمل: «قبل بلوغ الخبر للمكتوب إليه لا عبرة بمفارقة الكاتب محله؛ لأنه إلى الآن لم يحصل العقد، ولا خيار إلا بعد العقد، فلا يعتبر التفرق إلا بعده، فإذا بلغه الخبر اعتبر في حقه مجلس بلوغ الخبر، وفي حق الكاتب: المجلس الذي هو فيه، حين بلوغ ذلك الخبر، حتى إذا فارقه بطل خيارهما»(٢).

واعتبر البجيرمي هذا القول هو المعتمد(٣).

واقتصر النووي على القول الأول، ولم يذكر القول الثاني(٤).

الراجح الأول؛ لأن الكاتب قد لا يطلع على زمن وصول الخطاب، ليراعي حقه في خيار المجلس مع اختلاف الأمكنة وتباعدها.

القول الثاني:

لا يثبت في هذا العقد خيار المجلس.

❑ وجه هذا القول:

إذا كان التفرق الطارئ يقطع الخيار، فالتفرق المقارن يمنع ثبوته.

وقد أشار إلى هذا القول السنهوري في مصادر الحق، قال رحمه الله تعالى:

---

(١) حاشية قليوبي (٢/ ٢٣٨).
(٢) حاشية الجمل على شرح المنهاج (٣/ ١٠٧)، وانظر حاشية البجيرمي (٢/ ١٦٩).
(٣) حاشية البجيرمي (٢/ ١٦٩).
(٤) المجموع (٩/ ١٩٨)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٩).

«وإذا قبل المتعاقد الآخر في مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة، فليس له بعد ذلك خيار المجلس. . . لأن الحديث الذي يستند إليه القائلون بخيار المجلس يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين، إذ يفترض أنهما لم يتفرقا»[١].

❑ والراجح:

القول الأول، ونفي خيار المجلس بعد ثبوته شرعًا في عقود البيع يحتاج إلى نص شرعي يخرج هذا الفرد من ذلك العموم، ومقاصد الشارع من مشروعية خيار المجلس ليس احترام مكان الجلوس، وإنما إعطاء حق التروي لكل واحد من المتعاقدين خشية أن يكون هناك اندفاع متسرع لقبول العقد دون تقليب نظر، وهذا موجود في عقد البيع مع اتحاد المكان، ومع اختلافه، والله أعلم.



(١) مصادر الحق (٢/ ٥٩).



المبحث الخامس
حد التفرق بالأبدان عند القائلين بخيار المجلس

قضت أحاديث خيار المجلس أن البيع لا يلزم إلا بالتفرق، وقد رجحنا أن المراد بالتفرق: تفرق الأبدان.

[م-٤٦٥] فما هو الضابط في التفرق؟

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

أن الضابط في التفرق: هو عرف الناس وعاداتهم؛ لأن الشارع علق عليه حكمًا، ولم يبينه، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس، كالقبض والإحراز. وهذا مذهب الشافعية والحنابلة(١).

قال العراقي: «لم يذكر في الحديث للتفرقة ضابطًا، ومرجعه العرف»(٢).

---

(١) انظر في مذهب الشافعية: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٨)، أسنى المطالب (٢/ ٤٨)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٧)، غاية البيان (ص١٨٧).
وانظر في مذهب الحنابلة: كشاف القناع (٣/ ٢٠٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦)، المغني (٤/ ٦).

(٢) طرح التثريب (٦/ ١٥٥)، وقال في مغني المحتاج (٢/ ٤٥): «ويعتبر في التفرق العرف، فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد، وما لا فلا؛ لأن ما ليس له حد شرعًا، ولا لغة، يرجع فيه إلى العرف، فإن كانا في دار كبيرة فبالخروج من البيت إلى الصحن، أو من الصحن إلى الصفة، أو البيت. وإن كانا في سوق، أو صحراء، أو في بيت متفاحش السعة، فبأن يولي أحدهما الآخر ظهره، ويمشي قليلا، ولو لم يبعد عن سماع خطابه، وإن كانا في سفينة، أو دار صغيرة، أو مسجد صغير، فبخروج أحدهما منه، أو صعوده السطح، ولا يحصل التفرق بإقامة ستر، ولو ببناء جدار بينهما؛ لأن المجلس باق، وظاهر كلامهم أنه لا فرق =

(ث-٨٢) وقد روى مسلم من طريق ابن جريج، عن نافع، قال: كان ابن عمر إذا بايع رجلًا، فأراد ألا يقيله، قام، فمشى هنيهة، ثم رجع[١].

القول الثاني:

يشترط أن يبعد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع صوت لم يسمع كلامه، اختاره أبو سعيد الإصطخري من الشافعية[٢]، وقال به بعض الحنابلة[٣].

القول الثالث:

يبطل الخيار ولو لم يتفرقا، إذا شرعا في أمر آخر، وأعرضا عن أمر العقد، وطال الفصل، اختاره بعض الشافعية[٤].

ولعل هذا القول اعتبر ما يبطل الإيجاب، يبطل الخيار.

القول الرابع:

ضابط التفرق: أن يتوارى كل واحد منهما عن صاحبه، وهذا قول الأوزاعي[٥].

= بين أن يبنياه، أو يبنى بأمرهما، وهو كذلك كما صححه والد الروياني، واعتمده شيخي وإن جزم الغزالي بالحصول. وقال الأذرعي وهو المتجه».
وانظر المغني لابن قدامة (٤/ ٦).

(١) صحيح مسلم (١٥٣١).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٩)، طرح التثريب (٦/ ١٥٥).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٦٩).

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٩).

(٥) الاستذكار (٢٠/ ٢٣١)، التمهيد (١٤/ ١٥)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٠٧)، طرح التثريب (٦/ ١٥٦).

❑ الراجح من الخلاف:

القول الأول هو أصح الأقوال، قال ابن حجر: «والمشهور الراجح من مذاهب العلماء في ذلك، أنه موكول إلى العرف، فكل ما عد في العرف تفرقًا حكم به، وما لا فلا، والله أعلم»(١).

[م-٤٦٦] لم يعتبر الشافعية والحنابلة النوم في مجلس واحد تفرقًا يلزم به البيع، لأن النائمين لم يفترقا بأبدانهما(٢).

قال النووي: «إذا ناما في المجلس فلا ينقطع خيارهما بلا خلاف، صرح به المتولي وغيره؛ لأن النوم لا يسمى تفرقًا»(٣).

وقد فات هذا العلامة السيوطي رحمه الله، حين قال في الأشباه والنظائر: «لا ينقطع خيار المجلس بالجنون والإغماء على الصحيح، ولم أر من تعرض للنوم»(٤).



(١) فتح الباري (٤/ ٣٢٩).

(٢) نهاية المحتاج (٤/ ٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٣٦)، حاشية الجمل (٣/ ١٠٨). ونص الحنابلة على أن النوم لا يعتبر تفرقًا، انظر المبدع (٤/ ٦٥).

(٣) المجموع (٩/ ٢١٧).

(٤) الأشباه والنظائر (ص٢١٥).

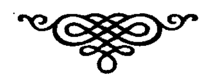


المبحث السادس
في خيار المجلس حال الإكراه

الفرع الأول
الإكراه على البقاء معًا

[م-٤٦٧] إذا أكره المتعاقدان على البقاء معًا فالخيار باق لهما؛ لعدم التفرق بالأبدان، ولم أقف فيه على خلاف بين الشافعية والحنابلة الذين يقولون بخيار المجلس[(١)].

وأشار في تصحيح الفروع أن الإكراه على التفرق هو الذي حصل فيه خلاف، أي ولم يحصل خلاف في بقاء الخيار مع الإكراه على البقاء معًا[(٢)].



(١) كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).
(٢) تصحيح الفروع (٤/ ٨٢).



الفرع الثاني
في الإكراه على التفرق

المسألة تقع على طريقتين: إما أن يكره المتعاقدان على التفرق، أو يكره أحدهما.

الطريقة الأولى:

[م-٤٦٨] إذا أكره المتعاقدان على التفرق، فقد اختلف العلماء في حكم هذا التفرق على قولين:

القول الأول:

يبطل خيارهما؛ لأن الرضا في الفرقة غير معتبر، ألا ترى أنه يحق لأحد المتعاقدين أن يفارق صاحبه بدون رضاه، فإذا كان لا يعتبر الرضا من أحد الجانبين فكذلك منهما، ولأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له، فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه، وهو أحد الوجهين في مذهب الحنابلة[١].

القول الثاني:

إن أكرها معًا لم يبطل خيارهما، وهو مذهب الشافعية[٢]، والمشهور عند المتأخرين من الحنابلة[٣].

واستدلوا على ذلك:

أولًا: أن فعل المكره لا يعتد به شرعًا.

---

(١) المغني (٤/ ٧)، الكافي (٢/ ٤٣)، الإنصاف (٤/ ٣٧٠).

(٢) تحفة المحتاج (٤/ ٣٣٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٩).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٢٠٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٥).

وثانيًا: أن عقد البيع إذا كان لا ينعقد مع الإكراه، فكذلك لا يلزم البيع مع الإكراه، وإذا لم يلزم دل ذلك على بقاء الخيار لهما في المجلس الذي زال عنهما الإكراه فيه حتى يتفرقا.

وفي نهاية المحتاج: «فلو زال الإكراه كان موضع زوال الإكراه كمجلس العقد، فإن انتقل منه إلى غيره بحيث يعد مفارقًا له، انقطع خياره، ومحله كما هو ظاهر، حيث زال الإكراه في محل يمكنه المكث فيه عادة، أما لو زال، وهو في محل لا يمكن المكث فيه عادة، كلجة ماء، لم ينقطع خياره بمفارقته؛ لأنه في حكم المكره على الانتقال منه؛ لعدم صلاحية محله للجلوس»[١].

□ الراجح:

بعد استعراض القولين وأدلتهما أجد أن القول الأول فيه قوة، إلا أن القول الثاني أقوى من حيث القواعد: وهو أن فعل المكره لا يعتد به شرعًا، وقد صوبه المرداوي في تصحيح الفروع[٢]، والله أعلم.

وقال ابن عقيل: إذا رأى المتبايعان وهما في مجلس التبايع، سبعًا، أو ظالمًا خشياه، فهربا فزعًا منه، أو حملهما من مجلس التبايع سيل، أو فرقتهما ريح، فكإكراه[٣].

الطريقة الثانية:

[م-٤٦٩] إذا أكره أحد المتعاقدين دون الآخر، فهل يبطل الخيار؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

---

(١) نهاية المحتاج (٤/ ٩).

(٢) الفروع (٤/ ٨٣).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).

القول الأول:

لا يبطل خيار المكره فقط دون صاحبه، لأن المكره معذور بالإكراه، وأما صاحبه فقد كان تفرقه باختياره، لأنه كان يمكنه أن يتبعه، أو يختار فسخ البيع قبل مفارقة صاحبه وهذا هو المذهب عند الشافعية[١]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٢].

واختار الشافعية أن خيار المكره لا ينقطع ولو كان قادرًا على الكلام.

جاء في مغني المحتاج: «لا ينقطع خياره إذا أكره على الخروج، ولو لم يسد فمه؛ لأن فعل المكره كلا فعل، والسكوت عن الفسخ لا يقطع الخيار، كما في المجلس»[٣].

القول الثاني:

يبطل خياره وإن كان مكرهًا، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٤].

وعللوا ذلك:

بأنه إذا كان لصاحبه أن يفارقه بدون رضاه، ويبطل خياره بذلك، فكذلك يبطل خياره إذا فارق صاحبه، ولو بدون رضاه.

القول الثالث:

إن كان يقدر على كلام يقطع به خياره انقطع، وإلا فلا. اختاره بعض الحنابلة[٥].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٥)، أسنى المطالب (٢/ ٥٠).
(٢) كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٥).
(٤) انظر القواعد والفوائد الأصولية (ص٤٣)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).
(٥) المبدع (٤/ ٦٥).

❑ الراجح:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول بأن خيار المكره لا ينقطع أقوى من حيث الاستدلال، والله أعلم.



المبحث السابع
إبطال الخيار بالجنون والإغماء

[م-٤٧٠] اتفق الشافعية والحنابلة على أن العاقد إذا جن أو أغمي عليه في مجلس العقد لم يبطل خياره[1].

[م-٤٧١] وإذا فارق المجلس خلال جنونه فخياره باق، ولا حكم لفعله.

قال في الحاوي: «إذا جن أحد المتبايعين في خيار المجلس، فالخيار ثابت لا ينقطع بما حدث من الجنون؛ لأن الحقوق لا تبطل بحدوثه، وسواء فارق المجنون المجلس أو قام فيه؛ لأن فعل المجنون لا حكم له، فلم ينقطع الخيار بفراقه، وينتقل الخيار عنه إلى وليه، كما ينتقل خيار الميت إلى وارثه، ويكون الخيار باقيًا لولي المجنون ووارث الميت ما لم يعلما بالحال، ولم يفارق العاقد الآخر المكان»[2].

وجاء في الإنصاف: «لو جن قبل المفارقة والاختيار فهو على خياره»[3].

[م-٤٧٢] وهل ينوب عنه وليه؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

---

(١) انظر في مذهب الشافعية: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢١)، المهذب (١/ ٢٥٩)، روضة الطالبين (٣/ ٤٤٤)، مغني المحتاج (٢/ ٤٥)، أسنى المطالب (٢/ ٥٠).
وانظر في مذهب الحنابلة: الإنصاف (٤/ ٣٧٠، ٣٧١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٠١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٦)

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٥٨).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٧٠).

القول الأول:

وليه يقوم مقامه، وإن لم يكن له ولي قام الحاكم مقامه، وهذا مذهب الشافعية[١]، وقول في مذهب الحنابلة[٢].

القول الثاني:

لا يقوم الولي مقامه، وهو المشهور عند المتأخرين من الحنابلة؛ لأن الرغبة في المبيع وعدمها لا تعلم إلا من جهته[٣].

جاء في مطالب أولي النهى «ولا يثبت الخيار لوليه على الصحيح من المذهب»[٤].

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢١).
(٢) كشاف القناع (٣/ ٢٠١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٦).
(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٦)، الإنصاف (٤/ ٣٧٠، ٣٧١).
(٤) مطالب أولي النهى (٣/ ٨٦).

المبحث الثامن
إذا خرس أحد العاقدين في مجلس الخيار

[م-٤٧٣] اتفق الشافعية والحنابلة بأن العاقد إذا خرس في مجلس الخيار، فإن كانت له إشارة مفهومة، أو خط قام ذلك مقام لفظه، وإن لم تكن له إشارة، أو كانت له إشارة غير مفهومة، ولم يكن له خط، كان في حكم المغمى عليه، يقوم وليه أو الحاكم مقامه عند الشافعية[(١)].

ويقوم أبوه أو وصيه أو الحاكم عند الحنابلة.

يقول ابن قدامة: «وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه، فإن لم تفهم إشارته... قام وليه من الأب، أو وصيه، أو الحاكم»[(٢)].



(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢١)، المجموع (٩/ ٢١٧)، مغني المحتاج (٢/ ٤٦)، أسنى المطالب (٢/ ٥٠).

(٢) المغني (٤/ ٧)، وانظر كشاف القناع (٣/ ٢٠١).



المبحث التاسع
مفارقة العاقد خوفًا من الفسخ

[م-٤٧٤] اختلف العلماء في العاقد يفارق الآخر في المجلس بغير إذنه، خشية أن يفسخ العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يكره، وهو مذهب الشافعية(١).

القول الثاني:

يجوز، وهو رواية عن أحمد(٢).

القول الثالث:

لا يجوز، وهو رواية ثانية عن أحمد، اختارها أبو بكر(٣)، وابن قدامة(٤)،

---

(١) فسر الشافعية حديث: (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) قالوا: الحل في الخبر محمول على الإباحة المستوية الطرفين، وحُمِل هذا التفسير تارة على الكراهة كما في نهاية المحتاج (٤/ ٩)، وتارة على استحباب عدم مفارقته خشية الاستقالة كما في تحفة المحتاج (٤/ ٣٣٨)، وانظر مغني المحتاج (٢/ ٤٥).

(٢) قواعد ابن رجب، القاعدة الرابعة والخمسون (ص٩٠).

(٣) المرجع السابق، وانظر المغني (٤/ ٧).

(٤) المغني (٤/ ٧)، والغريب أن ابن قدامة هنا رجح أنه لا يجوز له أن يفارقه خشية أن يستقيله، وقال في مسألة شبيهة بهذه، قال رحمه الله (٤/ ٦): «ولو هرب أحدهما من صاحبه، لزم العقد؛ لأنه فارقه باختياره، ولا يقف لزوم العقد على رضاهما، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع» اهـ كلام ابن قدامة إلا أن يقال: هذا بيان للحكم الوضعي، والمسألة هنا بيان للحكم التكليفي، أي لا يجوز له أن يهرب من صاحبه خشية أن يستقيله، وإذا هرب لزم العقد، فعلى هذا لا يكون هناك اختلاف بين المسألتين، والله أعلم.

ورجحها ابن تيمية[1]، وابن القيم من الحنابلة[2].

❑ دليل من قال: لا يجوز:

الدليل الأول:

(ح-٤٠٤) ما رواه أحمد من طريق ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: **البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله**[3].

وأجيب:

بأن حديث (لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) تفرد به عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده، وكل من روى أحاديث خيار المجلس لم يذكر هذه الزيادة، وأين أحاديث الصحيحين وغيرها من الأحاديث الصحيحة ممن حفظت لنا خيار المتبايعين (خيار المجلس) عن هذه الزيادة التي لو كانت محفوظة لجاءت بأسانيد صحيحة[4].

الدليل الثاني:

مقصود الشارع من مشروعية خيار المجلس في البيع ليحصل تمام الرضا الذي شرطه تعالى في العقد؛ فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريما يتروى فيه المتبايعان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما عيبا كان خفيًا. فلو بادر

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٩)، الفتاوى الكبرى (٣/ ١٢٢، ٤١٨).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ١٦٤).

(٣) المسند (٢/ ١٨٣).

(٤) وقد سبق تخريجه، انظر (ح ٣٩٧).

أحد المتعاقدين من النهوض في الحال، والمبادرة إلى التفرق حتى لا يختار الآخر فسخ البيع لكان في ذلك حيلة على إسقاط حق الغير، وتفويت المصلحة عليه من الاستفادة من ممارسة حقه، والنظر في الأحظ له من إمضاء البيع أو فسخه، وبالتالي يفوت عليه المقصود من مشروعية الخيار بالنسبة إليه، وهب أنك أنت الذي اخترت إمضاء البيع فصاحبك لم يتسع له وقت ينظر فيه ويتروى، فنهوضك حيلة على إسقاط حقه من الخيار، فلا يجوز حتى يخيره؛ فلو فارق المجلس لغير هذه الحاجة من صلاة أو غير ذلك ولم يقصد إبطال حق الآخر من الخيار لم يدخل في هذا التحريم[1].

❑ دليل من قال: يكره:

استدلوا بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده السابق، وفسروا قوله: (لا يحل له أن يفارقه) بأن لفظ الحل في الخبر محمول على الإباحة المستوية الطرفين، وليس معنى ذلك التحريم.

قال ابن عبد البر: «قوله: (لا يحل له) لفظة منكرة، فإن صحت فليست على ظاهرها، لإجماع المسلمين أنه جائز له أن يفارقه لينفذ بيعه، ولا يقيله إلا أن يشاء، وفيما أجمعوا عليه من ذلك رد لرواية من روى: (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) فإن لم يكن وجه هذا الخبر الندب، وإلا فهو باطل بإجماع»[2].

وقال أيضًا: «حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله، فإن هذا معناه إن صح على الندب... وقد كان

(١) انظر إعلام الموقعين (٣/ ١٣٠).

(٢) التمهيد (١٤/ ١٨).

ابن عمر رضي الله عنهما، - وهو الذي روى حديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا - إذا بايع أحدًا، وأحب أن ينفذ البيع مشى قليلًا، ثم رجع»[١].

❑ دليل من قال: يجوز له أن يفارقه حتى لا يفسخ البيع:

الدليل الأول:

(ح-٤٠٥) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، قال: سمعت نافعًا، عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارًا.**

قال نافع: **وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه**[٢].

ورواه مسلم من طريق ابن جريج، عن نافع به، وفيه:

قال نافع: **فكان ابن عمر إذا بايع رجلًا، فأراد أن لا يقيله، قام، فمشى هنيهة، ثم رجع**[٣].

الدليل الثاني:

ما سبق نقله من كلام ابن عبد البر رحمه الله حيث قال في التمهيد: «إجماع المسلمين أنه جائز له أن يفارقه لينفذ بيعه، ولا يقيله إلا أن يشاء، وفيما أجمعوا عليه من ذلك رد لرواية من روى: (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) فإن لم يكن وجه هذا الخبر الندب، وإلا فهو باطل بإجماع»[٤].

---

(١) المرجع السابق (١٤/ ١٦).

(٢) صحيح البخاري (٢١٠٧).

(٣) صحيح مسلم (١٥٣١).

(٤) التمهيد (١٤/ ١٨).

الدليل الثالث:

لو منع أحد العاقدين من التفرق حتى يقوم الآخر لكان في ذلك إضرار به ومفسدة راجحة.

❑ الراجح من الخلاف:

بعد ذكر خلاف العلماء، وذكر الأدلة، أرى أن الاحتجاج بحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه، عن جده لا يتمشى مع القواعد الحديثية بصرف النظر عن المسألة من الناحية الفقهية.

وحكاية الإجماع التي ساقها ابن عبد البر على جواز أن يفارقه حتى لا يقيله في النفس منها شيء مع ثبوت الخلاف عن أحمد في إحدى الروايتين عنه.

ويبقى النظر في المعنى، فإن مفارقة العاقد مجلس العقد خشية أن يستقيله تتضمن إسقاط حق الغير من التروي وتقليب النظر، وهل يصل هذا إلى التحريم مع فعل ابن عمر رضي الله عنه مع ما أوتيه من فقه وورع، أو نقول بالكراهة، هذا هو محل النظر والاجتهاد، وأجدني أميل إلى القول بالكراهة، خاصة أنه قد يقال: يمكن للعاقد الآخر أن يتبع أخاه فلا يتمكن من الاستقلال بالمفارقة، فإذا منعه من اتباعه كان هذا بمثابة الإكراه على التفرق، وقد سبق بحثها، والله أعلم.

وهذه المسألة قريبة من مسألة أخرى بحثها بعض الفقهاء تحت مسمى: لو هرب أحد العاقدين، فهل يبطل خيارهما، وهذا ما سنتطرق إليه إن شاء الله تعالى في المسألة التالية.



المبحث العاشر
التفرق بالهرب هل يبطل الخيار

[م-٤٧٥] إذا هرب أحد العاقدين فإن كان مكرهًا على الهرب فقد سبق حكم الإكراه على التفرق، وإن هرب مختارًا، فقد اختلف العلماء هل هروبه يقطع خيارهما؟

فذهب أكثر الشافعية، بأنه لو هرب أحد العاقدين، ولم يتبعه الآخر أنه ينقطع خيارهما.

قال النووي: «لو هرب أحد العاقدين، ولم يتبعه الآخر، فقد أطلق الأكثرون أنه ينقطع خيارهما...»[١].

قال النووي في الروضة: وهو الأصح، وعلل ذلك بأنه يمكنه الفسخ بالقول[٢].

وقال في مغني المحتاج: «وقضية التعليل الأول: أنه لو لم يتمكن من الفسخ بالقول بقي خياره حتى يتمكن منه»[٣].

ووافق الحنابلة مذهب الشافعية في هذا، قال ابن قدامة: «ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد؛ لأنه فارقه باختياره، ولا يقف لزوم العقد على رضاهما، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع»[٤].

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٦).
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٤٤١).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٥).
(٤) المغني (٤/ ٦).

وقيل: إن كان يمكنه أن يتبعه فلم يتبعه بطل خيارهما، وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب دون الآخر. وهذا قول في مذهب الشافعية[١].

وقدم النووي القول الأول عليه، وعلل ذلك: بأنه إذا كان لا يمكنه أن يتبعه كان بإمكانه أن يفسخ العقد بالقول.

ويتعقب هذا من ثلاثة وجوه:

الأول: بأن السكوت عن الفسخ لا يقطع الخيار، كما في المجلس.

الثاني: أن مذهب الشافعية بأن المكره على مفارقة المجلس باق على خياره، ولو كان يمكنه الفسخ بالقول، فهذا مثله.

الثالث: أن يقال: إن في هروب أحد العاقدين حيلة على إسقاط حق الآخر في التروي، وتقليب النظر حتى يتبين له الأحظ، فإن إلجاء العاقد الآخر إلى القبول دون ترو، أو إقدامه على فسخ العقد دون أن يتبين ما هو الأحظ له، في ذلك تعد على حقه الذي أعطاه الشارع، **ولذلك قلت: إن هذه المسألة هي قريبة** من المسألة السابقة، وهو إذا فارقه خشية أن يستقيله، إن لم تكن هي عينها، ومع ذلك اختلفت الأقوال في المسألتين بين المذاهب، والله أعلم.

❑ الراجح:

ما رجحته في مسألة (إذا فارقه خشية أن يستقيله) أرجحه هنا، لأن المسألتين واحدة، والله أعلم.



---

(١) المجموع (٩/ ٢١٦).

المبحث الحادي عشر
ملك المبيع زمن خيار المجلس

[م-٤٧٦] إذا تم البيع بين العاقدين، فإن لكل واحد منهما الفسخ زمن خيار المجلس، بناء على القول الراجح، والذي مشى عليه مذهب الشافعية والحنابلة، والسؤال الذي يطرح نفسه: من يستحق الملك للمبيع والثمن قبل التفرق، وبعد العقد؟

اختلف الفقهاء القائلون بخيار المجلس في هذه المسألة إلى أربعة أقوال:

القول الأول:

أن ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع، رجحه جماعة من الشافعية[(١)]، ونص عليه الشافعي في زكاة الفطر[(٢)]، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[(٣)].

القول الثاني:

أن البائع باق على ملكه للمبيع، والمشتري باق على ملكه للثمن إلى حين

---

(١) المجموع (٩/ ٢٥٤)، شرح الوجيز (٨/ ٣١٧)، البيان للعمراني (٥/ ٤١)، المهذب (١/ ٢٥٩).

قال النووي في المجموع (٩/ ٢٥٥): «اختلف أصحابنا في الأصح من هذه الأقوال، فصححت طائفة القول بأن المشتري يملك بنفس العقد، منهم الشيخ أبو حامد، والماوردي، والقاضي أبو الطيب، وإمام الحرمين، وغيرهم، وبه قطع المحاملي في المقنع، وسليم الرازي في الكفاية، والجرجاني في التحرير».

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٤٧).

(٣) المغني (٤/ ١١)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٥)، الإنصاف (٤/ ٣٧٨)، الكافي (٢/ ٤٨)، المبدع (٤/ ٧١)، منار السبيل (١/ ٢٩٨).

لزوم العقد. وهو قول في مذهب الشافعية(١)، قال الماوردي: نص عليه في كتاب الأم(٢)، وهو رواية في مذهب الحنابلة(٣).

القول الثالث:

أنه موقوف، فإن تم البيع بَانَ حصول الملك للمشتري من وقت البيع، وإلا بَانَ أن ملك البائع لم يزل، وكذا يتوقف في الثمن، وهو قول في مذهب الشافعية(٤).

القول الرابع:

أنه لا خلاف في المسألة، والأقوال الثلاثة تنزل على أحوال مختلفة، فإن كان خيار المجلس للمشتري وحده كان الملك له وحده، وهذا هو القول الأول، وإن كان الخيار للبائع وحده كان الملك للبائع وحده، وهذا هو القول الثاني، وإن كان الخيار لهما، فهو موقوف إلى حين لزوم العقد. اختاره بعض الشافعية(٥).

---

(١) المجموع (٩/ ٢٥٤)، المهذب (١/ ٢٥٩)، شرح الوجيز (٨/ ٣١٧)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٠).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٤٧)، المجموع (٩/ ٢٥٤).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٧٩)، الكافي (٢/ ٤٨).

(٤) المنثور في القواعد (٢/ ١٥٣)، المجموع (٩/ ٢٥٤)، شرح الوجيز (٨/ ٣١٦، ٣١٧)، المهذب (١/ ٢٥٩)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٠).
قال النووي في المجموع (٩/ ٢٥٥): «صححت طائفة قول الوقف، ممن صححه البغوي».

(٥) ومع أن عامة أصحاب الشافعية اختاروا طرد الأقوال في جميع الأحوال، وليس تنزيلها على أحوال مختلفة إلا أنهم في ترجيحهم اختار أكثرهم: أن القول الأظهر والأصح: أن الملك موقوف إذا كان الخيار لهما، وإن كان الخيار لأحدهما فالملك لمن له الخيار، وحيث حكم بملك المبيع لأحدهما حكم بملك الثمن للآخر. =

فإن قيل: كيف يتصور أن يكون خيار المجلس لأحدهما: فالجواب: يتصور ذلك فيما إذا اختار أحدهما لزوم العقد، والآخر لم يختر شيئًا[1].

❑ دليل من قال: الملك للمشتري بنفس العقد:

الدليل الأول:

(ح-٤٠٦) ما رواه البخاري من طريق ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله عن أبيه، رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**[2].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ بين في هذا الحديث أن من باع نخلًا فإن الملك ينتقل للمشتري مباشرة بنفس العقد، ولم يستثن من ذلك إلا ثمرة النخل بعد أن تؤبر، فإنها تبقى على ملك البائع إلا أن يشترطها المبتاع.

كما بين ﷺ أن من باع عبدًا فإن الملك ينتقل للمشتري مباشرة بنفس العقد، ولم يستثن من ذلك إلا مال العبد، فإنه للبائع إلا أن يشترطه المشتري، فدل على أن الملك ينتقل مباشرة بنفس العقد.

= قال النووي في المجموع (٩/ ٢٥٥): «وممن صحح هذا التفصيل القفال، حكاه عنه الروياني في البحر، وأشار إلى موافقته، وصححه أيضًا صاحب البيان، والرافعي في كتابيه الشرح الكبير، والمحرر، وقطع به الروياني في الحلية». اهـ
وانظر أسنى المطالب (٢/ ٥٣)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩، ٢٠)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤، ٤٨)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٩، ٣٠)، نهاية الزين (ص٢٣٢، ٢٣٣)، حاشية الجمل (٣/ ١١٦).

(١) انظر إعانة الطالبين (٣/ ٢٩).

(٢) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

ولو كان الملك لا يحصل للمشتري زمن الخيار لاستثناه النبي ﷺ كما استثنى الثمرة المؤبرة، ومال العبد، وكما قيل:

الاستثناء معيار العموم، فلما لم يستثن إلا ما ذكر دل على أن ما عداه قد دخل ملك المشتري.

الدليل الثاني:

(ث-٨٣) ما رواه الطحاوي من طريق بشر بن بكر، قال: حدثني الأوزاعي، قال: حدثني الزهري، عن حمزة بن عبد الله **أن عبد الله بن عمر قال: ما أدركت الصفقة حيًا، فهو من مال المبتاع.**

[إسناده صحيح، وهو موقوف][1].

دل الأثر على أن ما أدركته الصفقة حيًا، فهو من مال المبتاع، وهذا يدل على أن ملكية المعقود عليه انتقلت إلى المشتري بمجرد الصفقة.

الدليل الثالث:

من النظر: أن ثبوت الخيار لا يمنع ملك المبيع، كما لو اشترى رجل سلعة، ووجد بها عيبًا، فإن للمشتري الخيار بين الإمساك والرد، وهذا الخيار لا ينافي الملك، فكذلك خيار المجلس لا ينافي ملك المشتري للمبيع.

الدليل الرابع:

إذا كان البيع مع وجود خيار المجلس بيعًا صحيحًا، قد توفرت شروطه، وتمت أركانه، فينتقل الملك في أثره، ولا معنى لمنع انتقال الملك بهذا البيع، وقد بينا بأن الخيار لا ينافي الملك.

---

(١) الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٦)، وسبق تخريجه، انظر (ث١٥).

❑ دليل من قال: المبيع للبائع والثمن للمشتري إلى حين لزوم العقد.

الدليل الأول:

(ح-٤٠٧) ما رواه الشيخان من طريق عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار**(١).

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: **(لا بيع بينهما حتى يتفرقا)** معلوم أنه ﷺ لم يرد به أنه لا عقد بينهما؛ لأن العقد قد وجد، فعلم أنه أراد: لا حكم للبيع بينهما ما لم يتفرقا.

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: الحديث لا بد فيه من التأويل، لأن قوله (كل بيعين) أثبت أن هناك متبايعين، ولا يقال: بائعان إلا إذا كان هناك بيع، وعليه فيجب أن يكون نفي البيع بقوله: (فلا بيع بينهما حتى يتفرقا) غير المثبت في أول الحديث، وإلا كان هناك تناقض، فيكون معنى: لا بيع بينهما أي لا بيع لازم إلا بالتفرق، وإلا فإن التفرق وحده ليس عقدًا حتى يقال: إن التفرق حصل به البيع، وإنما التفرق حصل به لزوم البيع، وبينهما فرق.

الوجه الثاني:

حديث ابن عمر ورد بلفظين، فإما أن نحمل أحد اللفظين على الآخر، ونرى أن معناهما واحد، ولا نرى أن بينهما اختلافًا، أو أن نرجح بين اللفظين:

فإن حملنا أحد اللفظين على الآخر: فيكون الحديث بلفظ: (كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا) موافقًا في المعنى للفظ الحديث: **(المتبايعان بالخيار حتى**

---

(١) صحيح مسلم (١٥٣١).

يتفرقا)، وتكون دلالتهما واحدة: فهما يدلان على أن وقوع البيع يكون بالعقد، ولزوم البيع يكون بالتفرق.

فقوله (لا بيع بينهما) أي لا بيع لازم، ليكون موافقًا في المعنى لقوله (البيعان بالخيار).

وقوله (حتى يتفرقا) قد وردت في كلا اللفظين. وهذا ما أميل إليه.

أو نرجح بين اللفظين: فنرى أن لفظ حديث ابن عمر: **(البيعان بالخيار حتى يتفرقا)** مطابق للفظ حديث حكيم بن حزام، وأبي برزة وغيرهما، ويكون هو المحفوظ من النص المعصوم، وأن يكون لفظ الحديث (كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا) قد روي بالمعنى، وبالتالي لا يستنبط منه حكم يعارض به لفظ الجماعة. وهذا يتطلب منا أن نتتبع حديث عبد الله بن دينار، عن ابن عمر لنرى هل هناك تفرد بهذا اللفظ، أو لا؟ وهل اختلف عليه في لفظه أو لم يختلف عليه[١].

---

(١) حديث ابن عمر في خيار المجلس رواه عنه ثلاثة: عبد الله بن دينار، ونافع مولى ابن عمر، وسالم عن ابن عمر:

أما رواية عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، فقد اختلف عليه فيه:

فرواه عنه جماعة بلفظ: [كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا] منهم سفيان الثوري، وشعبة، وإسماعيل بن جعفر، ويزيد بن عبد الله بن الهاد. وخالفهم ابن عيينة، فرواه عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر بلفظ **(البيعان بالخيار حتى يتفرقا)**.

وإليك تفصيل ذلك:

الأول: سفيان الثوري، رواه عن عبد الله بن دينار، واختلف عليه:

فرواه عبد الرزاق كما في مصنفه (١٤٢٦٥).

والفضل بن دكين كما في مسند أحمد (٢/ ١٣٥)، وسنن البيهقي (٥/ ٢٦٩).

ومحمد بن يوسف كما في صحيح البخاري (٢١١٣)، ومسند أبي عوانة (٤٩٢٦).

ومخلد بن يزيد كما في سنن النسائي المجتبى (٤٤٧٧، ٤٤٧٨)، والكبرى (٦٠٦٩). =

. . . .

= ومؤمل بن إسماعيل كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢)، كلهم رووه عن سفيان، عن عبد الله بن دينار به، بلفظ (كل بيعين لا بيع بينها حتى يتفرقا).

وخالفهم الحسين بن حفص، كما في طبقات المحدثين بأصبهان، قال أبو الشيخ الأصبهاني (٣/ ٣٩٦) حدثنا علي بن جبلة، قال: قرأ علينا الحسين بن حفص، قال: ثنا سفيان الثوري، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار.**

والخطأ إما من علي بن جبلة، أو من الحسين بن حفص، وإن كنت أرجح أن الخطأ من علي ابن جبلة حيث لم أقف على من وثقه، وحتى لو كان ثقة لم يكن لي أن أقدمه على جماعة من الأئمة الحفاظ من أصحاب الثوري المختصين بالرواية عنه، ولعله دخل عليه لفظ نافع عن ابن عمر، على لفظ عبد الله بن دينار، عن ابن عمر.

كما وقع وهم آخر، فقد رواه أبو يعلى الخليلي في الإرشاد في معرفة علماء الحديث (١/ ٣٤١) من طريق يعلى بن عبيد، حدثنا سفيان الثوري، عن عمرو بن دينار عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: **البيعان بالخيار، وكل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار.**

قال الخليلي: وهذا خطأ، وقع على يعلى بن عبيد، وهو ثقة متفق عليه، والصواب فيه: عبد الله ابن دينار، عن ابن عمر، هكذا رواه الأئمة من أصحاب سفيان، عنه، عن عبد الله بن دينار». اهـ كلام الخليلي. هذا فيما يتعلق برواية الثوري.

الثاني: إسماعيل بن جعفر، عن عبد الله بن دينار، كما في صحيح مسلم (١٥٣١)، وصحيح ابن حبان (٤٩١٣)، والمجتبى للنسائي (٤٤٧٥)، والسنن الكبرى له (٦٠٦٧)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢)، وسنن البيهقي (٥/ ٢٦٩)، وتاريخ دمشق (١٣/ ١٣٢).

الثالث: يزيد بن عبد الله بن أسامة بن الهاد، عن عبد الله بن دينار، كما في سنن النسائي المجتبى (٤٤٧٦)، والكبرى (٦٠٦٨، ٦٠٧١).

الرابع: شعبة، عن عبد الله بن دينار، كما في مسند الطيالسي (١٨٨٢)، ومسند أحمد (٢/ ٥١، ٥٢)، وسنن النسائي المجتبى (٤٤٧٩)، والكبرى (٦٠٧٠)، ومسند أبي عوانة (٤٩٢٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (١٣/ ١٣١). =

. . . .

= ورواه ابن الجعد في مسنده (١٦٠٦)، قال: حدثنا ابن المقرئ، أخبرنا أبي، أخبرنا شعبة، عن عمرو بن دينار، عن ابن عمر. فجعل بدلًا من عبد الله بن دينار عمرو بن دينار، وهو وهم.

قال ابن الجعد: «وهو وهم؛ لأن الحديث حدث به شعبة، عن عبد الله بن دينار، وأحسب ابن المقرئ وهم فيه، هو أو أبوه».

هذا كل ما وقفت عليه من طرق عبد الله بن دينار، عن ابن عمر.

وفيه اختلاف آخر على عبد الله بن دينار، فقد رواه الثوري، وشعبة، وابن الهاد، وإسماعيل ابن جعفر، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، بلفظ (كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا).

وخالفهم سفيان بن عيينة، فرواه عن عبد الله بن دينار، بلفظ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار. كما هو لفظ مالك، عن نافع عن ابن عمر.

رواه أحمد (٢/ ٩)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٨) رقم: ٣٦١٥٧، والشافعي في مسنده (ص١٣٧)، ومن طريقه البيهقي كما في معرفة السنن والآثار (٤/ ٢٧٤، ٢٧٥).

والنسائي (٤٤٨٠)، وابن الجارود في المنتقى (٦١٧) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٥٨) من طرق عن سفيان بن عيينة به.

وهذا اللفظ تفرد به سفيان بن عيينة، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، وإن كان محفوظًا من رواية نافع، عن ابن عمر، فهل دخل على ابن عيينة لفظ نافع، على لفظ عبد الله بن دينار، هذا ما أميل إليه، فإن اتفاق جماعة منهم: شعبة، والثوري، وإسماعيل بن جعفر، ويزيد بن عبد الله بن الهاد على لفظ، ومخالفة سفيان بن عيينة لهؤلاء يجعل هذا دليلًا على ضبطهم، ووهم سفيان بن عيينة، والله أعلم.

إلا أن الإشكال لا يزال قائمًا، فإن حديث ابن عمر في خيار المجلس رواه عنه عبد الله ابن دينار، ونافع، وعرفنا لفظ عبد الله بن دينار، والراجح فيه، بقي علينا أن ننظر في لفظ نافع، والاختلاف عليه في لفظه، ثم ننظر السبيل إلى الجمع بين اللفظين أو الترجيح:

فرواية نافع عن ابن عمر، وردت عنه بعدة ألفاظ متقاربة، واشتمل في بعض طرقه على نص موقوف عن ابن عمر، يوضح لنا رأي ابن عمر وفقهه في هذا الحديث، وسوف أخرج اللفظ المرفوع أولًا، ثم أخرج اللفظ الموقوف، وإن كان الأثر الموقوف يأتي في بعض طرق الحديث موصولًا بالنص المرفوع. =

. . . .

= اللفظ الأول: [المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار].
وهذا اللفظ أستطيع أن أطلق عليه لفظ الجماعة، عن نافع، فأكثر من رواه عن نافع، رواه بهذا اللفظ، إما بلفظه، أو بمعناه، من ذلك:
الأول: مالك، عن نافع كما في الموطأ (٢/ ٦٧١)،
ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في مسنده ترتيب السندي (٥٣٠)، وأحمد (١/ ٥٦)، والبخاري (٢١١١)، ومسلم في صحيحه (١٥٣١)، وأبو داود (٣٤٥٤)، والنسائي في المجتبى (٤٤٦٥)، وفي الكبرى (٦٠٥٧)، وأبو يعلى (٥٨٢٢)، وابن حبان (٤٩١٦)، والدارقطني (٣/ ٦)، والبيهقي (٥/ ٢٦٨).
الثاني: يحيى بن سعيد، عن نافع، واختلف على يحيى بن سعيد في لفظه:
فرواه البخاري في صحيحه (٢١٠٧) والنسائي في المجتبى (٤٤٧٣) والطحاوي في مشكل الآثار (٥٢٤٠)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩) من طريق عبد الوهاب بن عبد المجيد، عن يحيى ابن سعيد به، بلفظ: [إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارًا].
ومن طريق عبد الوهاب أخرجه مسلم (١٥٣١) إلا أنه لم يذكر متنًا، وقال: بنحو حديث مالك عن نافع. وقد تقدم لفظ مالك.
وأخرجه الترمذي (١٢٤٥) من طريق محمد بن فضيل، عن يحيى بن سعيد بلفظ: [. . . ما لم يتفرقا أو يختارا] فقوله (أو يختارا) هو رواية بالمعنى لقوله (إلا بيع الخيار).
ورواه ابن حبان (٤٩١٢) من طريق أبي شهاب، عن يحيى بن سعيد به، بنحو لفظ البخاري إلا أنه لم يقل: أو يكون البيع خيارًا.
وخالفهم هشيم، فقد رواه النسائي (٤٤٧٤) والطحاوي في مشكل الآثار (٥٢٤١) من طريق هشيم، عن يحيى بن سعيد، قال: حدثنا نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **المتبايعان لا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار**.
ورواه يحيى بن سعيد القطان، واختلف عليه فيه:
فرواه النسائي (٤٤٦٦) أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى - يعني: ابن سعيد القطان - عن عبيد الله، قال: حدثني نافع به، بلفظ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يكون خيارًا. كما هو لفظ الجماعة.
وخالف في ذلك بندار، فرواه الطحاوي في مشكل الآثار (٥٢٤٣) من طريقه، قال: حدثنا يحيى بن سعيد به، بلفظ: كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا، أو يكون خيارًا. =

. . . .

= وهذا اللفظ ولفظ هشيم السابق قريب من لفظ عبد الله بن دينار عن ابن عمر إلا أن قوله (إلا بيع الخيار) لم ترد في لفظ عبد الله بن دينار، وهذا يؤكد أن الحديثين معناهما واحد، فمعنى: لا بيع بينهما هو معنى: البيعان بالخيار.

وهذا ما أشار إليه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٣/ ٢٧٠)، فإنه قال بعد أن روى حديث سفيان، عن عبد الله ابن دينار، عن ابن عمر، بلفظ نافع عن ابن عمر، قال: «فعاد معنى ما قد روي عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر في هذا المعنى مما قد اختلف عنه فيه إلى ما يوافقه... مما روي عن نافع، عن ابن عمر».

الثالث: ابن جريج، عن نافع:

رواه مسلم (١٥٣١) عن زهير بن حرب، والنسائي في المجتبى (٤٤٦٨) وفي الكبرى (٦٠٦٠) عن علي بن ميمون.

والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٤٩) من طريق الشافعي، كلهم، عن سفيان بن عيينة، عن ابن جريج، قال: أملى علي نافع، سمع عبد الله بن عمر يقول:

قال رسول الله ﷺ: **إذا تبايع المتبايعان بالبيع، فكل واحد منهما بالخيار من بيعه، ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع.**

ورواه مسلم (١٥٣١) والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩) عن ابن أبي عمر.

ورواه البيهقي (٥/ ٢٦٩) من طريق الحميدي، كلاهما عن سفيان به.

ورواه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٣) من طريق روح بن عبادة، عن ابن جريج به.

وفي هذا الطريق زاد ابن جريج عبارة تفسيرية، وهي قوله: [فإذا كان ثم خيار، فقد وجب البيع].

وقد توبع على هذه العبارة، تابعه عليها: إسماعيل بن أمية، والليث، وموسى بن عقبة. وسيأتي تخريج ذلك إن شاء الله تعالى، فنخرج بأن هذه العبارة محفوظة، وإن لم تذكر في طريق مالك.

الرابع: عبيد الله بن عمر، عن نافع بنحو حديث مالك، عن نافع.

أخرجه أحمد (٢/ ٥٤)، والنسائي في المجتبى (٤٤٦٦)، وفي الكبرى (٦٠٥٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١) وفي مشكل الآثار (٥٢٤٢) بلفظ: [كل بيعين فأحدهما على صاحبه بالخيار حتى يتفرقا، أو يكون خيارًا].

ورواه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٦) من طريق أبي أسامة، ولم يقل: إلا بيع الخيار. =

. . . .

= **الخامس**: إسماعيل بن أمية، عن نافع.
أخرجه النسائي في المجتبى (٤٤٦٧)، وفي الكبرى (٦٠٥٩) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٤٥) بلفظ: (**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار، فقد وجب البيع**).
وقد زاد إسماعيل بن أمية، عن نافع، قوله: (فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع) ولم ينفرد بها كما أشرنا في ذلك في كلام سابق.
السادس: صخر بن جويرية، عن نافع.
أخرجه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٣) من طريقه، بلفظ: إذا ابتاع المتبايعان، فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار.
السابع: موسى بن عقبة، عن نافع.
رواه ابن طهمان في مشيخته (١٨٠) بلفظ [البيعان بالخيار من بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع، أو يتفرقا]
الثامن: القاسم بن محمد، عن ابن عمر.
رواه الطبراني في المعجم الكبير (١٣١٠١) حدثنا أبو حنيفة: محمد بن حنيفة الواسطي، حدثنا الزبير بن بكار، حدثنا أنس بن عياض، عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.
وشيخ الطبراني، قال الدارقطني عنه: ليس بالقوي.
انظر تاريخ بغداد (٢/ ٢٩٦)، لسان الميزان (٥١١).
لكنه قد توبع، فقد أخرجه الطبراني في الأوسط (٦٤٨٤) حدثنا محمد بن عيسى، حدثنا الزبير بن بكار به. بلفظ (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون خيارًا).
ومحمد بن عيسى قال عنه ابن حجر: مقبول.
لكن ذكر الطبراني تفرد الزبير بن بكار بهذا الإسناد، فقد قال عقبه: لم يرو هذا الحديث عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد إلا أبو ضمرة (أنس بن عياض) تفرد به الزبير بن بكار.
فهذه الطرق عن نافع روت الحديث بلفظ: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار. إما بلفظه، أو بمعناه، زاد بعضهم: فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع.
اللفظ الثاني عن نافع: [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار]. =

. . . .

= وهذا اللفظ قريب من لفظ مالك ومن معه، فإن كان هناك الفرق فهو كونه تارة يستبدل قوله: (أو يكون بيع خيار) بكلمة أخرى، وهي: (أن يقول لصاحبه: اختر). واللفظ معناهما واحد على الصحيح. وإن كان أكثر الرواة عن نافع على قوله (أو يكون بيع خيار).

وممن روى هذا الحديث بهذا اللفظ أيوب عن نافع.

رواه البخاري في صحيحه (٢١٠٩) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢)، وفي مشكل الآثار (٥٢٤٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩) من طريق حماد بن زيد.

ومن طريق حماد بن زيد رواه مسلم (١٥٣١) إلا أنه لم يذكر متنه، وقال: بنحو حديث مالك.

ورواه أحمد (٢/ ٧٣) عن عفان.

ووراه أبو داود (٣٤٥٥) من طريق موسى بن إسماعيل، كلاهما عن حماد بن سلمة.

ورواه أحمد (٤/ ٢)، والطبري في تفسيره (٥/ ٣٤) ومسلم (١٥٣١)، والنسائي في المجتبى (٤٤٧٠) وفي الكبرى (٦٠٦٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٤٧)، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٤) من طريق ابن علية.

ولم يذكر مسلم متنه إلا أنه قال: نحو حديث مالك، عن نافع.

ورواه الطبري في تفسيره (٥/ ٣٤) من طريق عبد الوهاب بن عبد المجيد، كلهم عن أيوب به.

ورواه النسائي (٤٤٦٩) من طريق شعبة، عن أيوب به، دون قوله: وربما قال: أو يكون بيع خيار.

ورواه النسائي في الكبرى (٦٠٦١) الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٤٨) من طريق سعيد بن أبي عروبة، عن أيوب به، بلفظ: **(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر اختر)**.

ورواه ابن طهمان عن أيوب، في مشيخته (١٨١) بلفظ مالك، عن نافع **(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون بيع خيار)**.

ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٢٦٢) عن معمر، عن أيوب، دون قوله: وربما قال نافع: أو يقول أحدهما للآخر: اختر.

اللفظ الثالث: **[إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا، بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع]**. =

. . . .

= وقد انفرد بهذا اللفظ الليث بن سعد ﷺ، فقد رواه أحمد (٢/ ١١٩)، البخاري (٢١١٢)، ومسلم (١٥٣١) والنسائي في المجتبى (٤٤٧٤)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩) عن قتيبة بن سعيد.

ورواه ابن ماجه (٢١٨١) حدثنا محمد بن رمح المصري.

ورواه ابن الجارود في المنتقى (٦١٨) وابن حبان في صحيحه (٤٩١٧) والدارقطني في سننه (٣/ ٥)، وأبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٥) من طريق عبد الله بن وهب.

وأخرجه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٥) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٥٣) من طريق شعيب بن الليث.

وأخرجه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٥) من طريق أسد بن موسى، وأبي النضر، وأحمد ابن يونس، قال أبو عوانة: وحديثهم واحد.

كل هؤلاء رووه عن الليث، عن نافع به، بلفظ: إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا، بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع.

ويلحظ الباحث تفرد الليث بكلمة (و كانا جميعًا) فإنها لم ترد في جميع الطرق الصحيحة عن نافع، ولم يتابع الليث إلا يعقوب بن قيس، فقد أخرجه الطبراني في الأوسط (٧٦٠٤) حدثنا محمد ابن حرملة القلزمي، حدثنا أحمد بن محمد بن يعقوب الداري، حدثنا سعيد بن هاشم بن صالح المخزومي، أخبرنا يعقوب بن قيس، عن نافع عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **المتبايعان بالخيار، كل واحد منهما، ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما صاحبه، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع**.

والحديث ضعيف، سعيد بن هاشم بن صالح المخزومي: قال عنه ابن عدي: مدني، ليس بمستقيم الحديث، وشيخ الطبراني لم أقف عليه.

جاء في فتح الباري (٤/ ٣٣٣): «قال الداودي: قول الليث في هذا الحديث: (وكان جميعًا. الخ) ليس بمحفوظ؛ لأن مقام الليث في نافع، ليس كمقام مالك ونظرائه». اهـ كلام الداودي، قال الحافظ متعقبًا: وهو رد لما اتفق الأئمة على ثبوته بغير مستند، وأي لوم على من روى الحديث مفسرًا لأحد محتملاته، حافظا لذلك ما لم يحفظه غيره، مع وقوع تعدد المجلس، فهو محمول على أن شيخهم حدثهم به تارة مفسرًا، وتارة مختصرًا». =

. . . .

= وعندي أن كلام الحافظ هو المتعقب، لأن الرواية بالتفسير يجب أن تنسب إلى الراوي، ولا تنسب إلى المعصوم ﷺ؛ فالتفسير لكلام المعصوم ﷺ فهم يدخله الخطأ، وكلام الحافظ مخالف لكلامه الذي نقلته عنه في النكت عند الكلام على زيادة الثقة والشذوذ، وقد ذكرته في المجلد الأول من أحكام الطهارة، في مقدمة الكتاب.

كما زاد الليث قوله: (وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحد منهما البيع فقد وجب البيع) هذه تفسير لقوله (ما لم يتفرقا)، والرواة عن نافع لا يذكرون هذا التفسير، وإنما يقتصرون على قوله (ما لم يتفرقا). وقد علمت النزاع في هذا التفسير بين مدرستي الحنفية والمالكية من جهة، وبين الشافعية والحنابلة من جهة أخرى، والذي أراه أن الباحث عندما يبحث النص الحديثي، يجب أن يكون في معزل عن فقه الحديث، لأن الفقه غير معصوم، والنص معصوم، فإن كان سائر الرواة يقولون: ما لم يتفرقا، وانفرد ثقة دونهم بتفسير هذا اللفظ، ونسبه إلى المعصوم ﷺ فإن الواجب أن ننظر فيه، هل انفرد بهذا، أو توبع، حتى ولو كان التفسير صحيحًا، فإننا ننسب هذا التفسير إلى الراوي أصح وأدق من أن ننسب هذا التفسير إلى النبي ﷺ، وجميع الرواة ممن رووا هذا الحديث عن نافع لا يذكرون هذه العبارة، وربما رأينا اليوم أن التفسير صحيح، ثم قد يبدو لنا أن الصحيح خلافه، فيجب عند رواية النص أن نعزل فهمنا للنص عن لفظ النص، وإذا كان الجمهور على جواز الرواية بالمعنى بشرطه، فإننا عند البحث يجب أن نشير إلى أن هذا اللفظ مما تصرف فيه الراوي، فرواه بالمعنى من قبله، لكي يكون واضحًا جليًا للقارئ ما هو اللفظ النبوي، وما هو اللفظ الموافق له بالمعنى من قبل الراوي، والله أعلم.

وإذا عرفت ما تقدم، فقد اختلف على الليث في لفظه:

فرواه عنه من تقدم بهذا اللفظ، ومنهم قتيبة بن سعيد.

ورواه النسائي أيضًا (٤٤٧١) عن قتيبة به، بمثل لفظ الجماعة: البيعان بالخيار حتى يفترقا، أو يكون بيع خيار. وربما قال نافع: أو يقول أحدهما للآخر: اختر.

فقوله (البيعان بالخيار حتى يفترقا أو يكون بيع خيار) موافق لرواية الجماعة، عن نافع.

وقوله (وربما قال نافع: أو يقول أحدهما للآخر: اختر. مطابق تمامًا لرواية أيوب عن نافع، حيث كان نافع مرة يقول كذا، ومرة يقول كذا بما رواه عنه أيوب.

وإذا كان لفظ عبد الله بن دينار، قد خالف فيه سفيان بن عيينة كل من رواه عن عبد الله =

. . . .

= ابن دينار، فرواه سفيان بن عيينة عن عبد الله بن دينار بلفظ نافع، عن ابن عمر، فإن هذا أيضًا قد وقع في طريق نافع، فقد رواه الربيع، عن نافع، وساق لفظ عبد الله بن دينار، عن ابن عمر.

فقد رواه الطيالسي (١٨٦٠) حدثنا الربيع، عن نافع به، بلفظ: أن رسول الله ﷺ، قال: **كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا أن يكون بيعهما بيع خيار.**

وقد رأينا أن هذا اللفظ إنما هو لفظ عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، ولم يكن لفظ نافع، عن ابن عمر، فربما تداخل اللفظان على بعض الرواة، أو يكون هذا منهم ذهابًا إلى أن اللفظين معناهما واحد، كما أشرنا إليه سابقًا.

بقي أن نشير إلى أن جميع الرواة السابقين رووه عن نافع، عن ابن عمر مرفوعًا.

وخالفهم محمد بن إسحاق، فرواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٠٥) من طريقه، عن نافع، عن ابن عمر موقوفًا، وزاد: فكان ابن عمر انصرف ليوجب البيع.

هذا ما وقفت عليه من ألفاظ الحديث عن نافع،

وقد قال الحافظ في الفتح (٤/ ٣٣٢): «قال بعضهم: حديث (البيعان بالخيار) جاء بألفاظ مختلفة، فهو مضطرب لا يحتج به، وتعقب بأن الجمع بين ما اختلف من ألفاظه ممكن، بغير تكلف، ولا تعسف، فلا يضره الاختلاف، وشرط المضطرب أن يتعذر الجمع بين مختلف ألفاظه، وليس هذا الحديث من ذلك».

الطريق الثالث: طريق سالم عن ابن عمر.

رواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم (٤/ ٣٣٢) قال أبو عبد الله: قال الليث: حدثني عبد الرحمن بن خالد، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: **بعت من أمير المؤمنين عثمان مالًا بالوادي بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، قال عبد الله: فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال.**

والحديث حسن، وسبق تخريجه، انظر (ح ٤٦٠).

هذا فيما يتعلق بتخريج حديث ابن عمر المرفوع، وقد تضمن الحديث المرفوع فعلًا موقوفًا على ابن عمر، ذكره بعضهم ضمن الطرق السابقة، وأحببت أن أخرج الموقوف في معزل عن الكلام النبوي المرفوع، فهو بمنزلة التفسير من ابن عمر لكلام النبي ﷺ. =

الدليل الثاني:

لما كان للبائع أن يفسخ العقد مع سلامة الثمن، دل على أن المشتري لم يملك أصله بأصل القبول.

وسوف نذكر في أدلة القول التالي الجواب عن الاستدلال بحق الفسخ على عدم حصول الملك إن شاء الله تعالى.

❑ دليل من قال: الملك موقوف إلى أن ينتهي الخيار بالتفرق أو التخاير:

الدليل الأول:

من حقوق الملك جواز التصرف فيه، فإذا كان الإنسان ممنوعًا من التصرف كان ذلك دليلًا على عدم انتقال الملك، وإذا نظرنا إلى كل من البائع والمشتري وجدناه ممنوعًا من التصرف زمن الخيار، فإما أن نقول: إن الثمن والمثمن بلا

= **تخريج الموقوف على ابن عمر:**

رواه البخاري في صحيحه (٢١٠٧) والنسائي في المجتبى (٤٤٧٣) والطحاوي في مشكل الآثار (٥٢٤٠)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩) من طريق عبد الوهاب بن عبد المجيد، عن يحيى ابن سعيد به، وفيه: [... قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه].

وأخرجه الترمذي (١٢٤٥) من طريق محمد بن فضيل، عن يحيى بن سعيد بلفظ: [... وكان ابن عمر إذا ابتاع بيعًا، وهو قاعد، قام ليجب له البيع] فعبر الترمذي بالقيام من القعود، وعبر البخاري بالمفارقة، والمعنى قريب.

ورواه مسلم من طريق سفيان، عن ابن جريج، عن نافع، بلفظ [... فكان ابن عمر إذا بايع رجلًا، فأراد ألا يقيله، قام، فمشى هنية، ثم رجع إليه].

ورواه أبو عوانة في مستخرجه (٤٩١٣) من طريق روح بن عبادة، عن ابن جريج.

كما روى الموقوف سالم، عن ابن عمر. وسقنا متنه كاملًا قبل قليل، وفيه: قال ابن عمر: فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع.

مالك وهذا لا يمكن مع قيام العقد، أو نقول: إن الملك موقوف إلى أن يختار كل منهما لزوم العقد، وهذا هو المتعين.

وأجيب:

بأنه لا تلازم بين ثبوت الملك والمنع من التصرف:

فالمرهون ملك للراهن، وهو ممنوع من التصرف فيه من أجل حق المرتهن.

وكذا مال الصبي، فإن ملكه للمال صحيح، وتصرفه فيه غير صحيح، فالمنع من التصرف ليس لعدم ثبوت الملك، وإنما حتى لا يؤدي التصرف إلى إبطال حق الغير، من جواز الرجوع عن العقد.

الدليل الثاني:

لا بد من القول بالوقف؛ لأننا لا يمكن لنا أن نقول: إن المشتري قد ملك المبيع؛ لأن البائع يملك حق فسخ البيع، ولا يمكن لنا أن نقول: إن ملك البائع لم يزل؛ لأن سبب زوال الملك وهو العقد قد وجد، فلم يبق إلا أن نقول: إنه موقوف إلى أن ينتهي الخيار.

ويجاب:

حق الفسخ لأحد العاقدين لا ينافي ثبوت الملك للطرف الآخر، لوجهين:

الوجه الأول:

إذا كان خيار العيب يعطي صاحبه حق الفسخ، وهو لا ينافي ثبوت الملك، فكذلك هنا.

الوجه الثاني:

أن حق الفسخ قد يكون دليلًا على انتقال الملك؛ لأن ملك المبيع لو كان

باقيًا للبائع لم يحتج الأمر إلى فسخ، فالفسخ: هو رفع لما ثبت شرعًا، وهو الملك.

❑ الراجح من الأقوال:

بعد استعراض أدلة الأقوال، أجد أن مذهب الحنابلة هو الراجح؛ نظرًا لقوة أدلته، والجواب عن أدلة الأقوال الأخرى، وأن العقد الصحيح يفيد الملك، وأن الخيار لا ينافي الملك، وإنما يعطي صاحبه حق الرد لا أكثر، والله أعلم.

الفرع الأول
ملك النماء في زمن الخيار

[م-٤٧٧] في المسألة السابقة بحثنا ملك المبيع وملك الثمن زمن خيار المجلس، وفي هذه المسألة نريد أن نعرف من يستحق نماء المبيع و نماء الثمن في زمن خيار المجلس، وذلك أن المال من طبيعته أنه ينمو ويزيد، فإذا زاد المبيع أو الثمن بعد البيع، وقبل التفرق من المجلس فمن يملك هذه الزيادة، سواء اختار العاقدان إمضاء العقد، أو اختارا فسخه، وقبل الإجابة على هذا يجب أن نقسم النماء إلى قسمين:

نماء متصل، لا ينفصل عن المبيع، وذلك مثل: البرء من المرض، والحمل قبل الوضع، والسمن.

ونماء منفصل: وهي على نوعين:

متولدة من الأصل: كالولد، والبيض، واللبن، والصوف، والثمرة.

وغير متولدة من الأصل: كالكسب، والمهر، وما يوهب له، وما يوصى له به، ونحو ذلك.. وسوف نعرض لكل مسألة على انفراد.

❊ ❊ ❊



المسألة الأولى
ملك النماء المتصل زمن الخيار

[م-٤٧٨] اختلف الفقهاء في النماء المتصل زمن الخيار من يستحقه؟

على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن كان الخيار لأحدهما فالملك في المبيع مع توابعه المتصلة لمن انفرد بالخيار من بائع أومشتر.

وإن كان الخيار لهما فموقوف، فإن تم البيع، فنماء المبيع للمشتري من حين العقد، وإن فسخ، بقي نماء المبيع للبائع، ونماء الثمن للمشتري وهذا مذهب الشافعية[١].

القول الثاني:

النماء المتصل تابع للمبيع، سواء تم البيع، أو فسخ، كما يتبعه في الرد

(١) لا فرق عند الشافعية بين النماء المتصل، وبين النماء المنفصل، ولا يختلف الحكم بين خيار المجلس، وخيار الشرط، انظر إعانة الطالبين (٣/ ٢٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٢)، حاشية الجمل على المنهج (٣/ ١١٧).

قال في حاشية الجمل (٣/ ١١٧): إذا كان للمشتري وحده - يعني الخيار - ملك المبيع وفوائده الحادثة بعد العقد، فإن تم البيع فذاك، وإن فسخ رجع المبيع للبائع عاريًا عن الفوائد، وتضيع عليه المؤن، ويفوز المشتري بالفوائد... وإن كان للبائع وحده ملك المبيع والفوائد كذلك، فإن فسخ فذاك، وإن تم البيع انتقل المبيع للمشتري عاريًا عن الفوائد، وتضيع المؤن عليه».

وحيث حُكِمَ بملك نماء المبيع لأحدهما، حكم بملك نماء الثمن للآخر، وحيث وقف، وقف.

بالعيب. وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة[١].

القول الثالث:

النماء للمشتري، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٢]، ورجحه ابن تيمية[٣]، واختاره شيخنا ابن عثيمين[٤].

❑ دليل الشافعية على أن النماء لمن انفرد بالخيار، وإن كان لهما فموقوف:

ملك النماء تبعًا لملك المبيع، فمن ملك المبيع ملك النماء، ويستحق الملك من يملك التصرف، فمن انفرد بالخيار كان هو وحده متصرفًا في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك. وإن كان الخيار لهما كان الملك موقوفًا إلى حين

---

(١) ولم يذكر ابن قدامة في المغني غيره، انظر المغني (٤/ ١١)، الروض المربع (٢/ ٧٥، ٧٦)، المبدع (٤/ ٧١).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٨٢).

(٣) قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٠): «والنماء المتصل في الأعيان المملوكة، العائدة إلى من انتقل الملك عنه، لا يتبع الأعيان، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب، حيث قال: إذا اشترى غنمًا، فنمت، ثم استحقت، فالنماء له، وهذا يعم المتصل والمنفصل...».
وجاء في مسائل الإمام أحمد رواية إسحاق بن منصور: «قلت: قال الزهري: رجل اشترى غنمًا، فنمت، ثم جاء أمر يرد منه البيع؟ قال: يرد عليه غنمه، والنماء له، فإن الضمان كان عليه.
قال أحمد: إذا استحقت فالنماء له إلا في المصراة، فإن النبي ﷺ قال: يردها ويرد معها صاعًا. قال إسحاق: كما قال».
انظر مسائل الإمام أحمد وإسحاق - تحقيق صالح المزيد قسم المعاملات رقم (٢٠٠) (ص٣٢٧).

(٤) الشرح الممتع (٨/ ٢٨٦)، وذكر الشيخ رحمه الله بأن هذا القول رواية عن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية.

لزوم العقد؛ لأن كل واحد منهما ممنوع من التصرف، ولأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر، فتوقفنا، والله أعلم.

ويناقش:

سبق الجواب على أدلة الشافعية حين الكلام على من يستحق الملك زمن الخيار، وأن المنع من التصرف لا ينافي الملك، فأغنى عن إعادته هنا.

❑ تعليل الحنابلة على أن النماء المتصل تبع للمبيع:

علل الحنابلة بأن النماء المتصل إنما هو تبع للعين لتعذر انفصاله عن العين، فالسمن مثلًا لا يمكن استحقاقه وحده، لتعذر انفصاله عن الأصل[1].

وأجيب:

بأن النماء إذا كان لا يمكن فصله عن العين، فإن هذا لا يعني أن المشتري لا يستحق قيمة تلك الزيادة الحادثة في ملكه، فيرد الزيادة تبعًا للعين، ويأخذ قيمتها لحدوثها في ملكه.

ورد هذا:

بأننا إذا ألزمنا البائع أن يدفع قيمة تلك الزيادة، فإن هذا يعني أننا نلزمه بمعاوضة لم يلتزمها، فهذا عقد بيع جديد يفتقد إلى الرضا، والذي هو شرط في صحة البيع.

❑ دليل من قال: إن النماء للمشتري:

الدليل الأول:

جميع الأدلة التي سقناها على ثبوت الملك للمشتري مدة الخيار، وإذا كان الملك له، كان النماء له أيضًا، لأنه حدث في ملكه.

---

(١) انظر الروض المربع (٢/ ٧٥، ٧٦).

الدليل الثاني:

(ح-٤٠٨) روى أحمد من طريق ابن أبي ذئب، قال: حدثني مخلد ابن خفاف بن إيماء، عن عروة عن عائشة، عن النبي ﷺ، قال: **الخراج بالضمان**(١).

[إسناده ضعيف، وضعفه البخاري وأبو داود، وقد قال الترمذي: العمل على هذا عند أهل العلم](٢).

الدليل الثالث:

ولأن النماء المتصل قد يكون أنفع من المنفصل وأغلى عند الناس، فإذا فسخ البيع يقوم المبيع حين العقد، ويقوم حين الفسخ، والفرق بين القيمتين تكون للمشتري.

❑ الراجح:

أن النماء تبع للملك، فمن كان له الملك كان له النماء، وقد دللنا على أن الملك في زمن الخيار إنما هو للمشتري، ولا فرق عندي بين النماء المتصل والمنفصل، وفي حين لم يرض البائع أن يشتري الزيادة المتصلة، فيرى شيخنا ابن عثيمين ﵀ أنه يلزمه، ولا بد(٣)، وقد يقال: إن المشتري يكون شريكًا له بقدر تلك الزيادة، ولا يلزم البائع بمعاوضة لم يلتزمها، وهذا هو الذي يتمشى مع القواعد، من كون البيع لا يكون إلا بالتراضي، والله أعلم.

---

(١) المسند (٦/ ٤٩، ٢٣٧).

(٢) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦).

(٣) الشرح الممتع (٨/ ٢٨٦).

المسألة الثانية
في ملك النماء المنفصل زمن الخيار

[م-٤٧٩] اختلف العلماء فيمن يستحق نماء المبيع المنفصل زمن الخيار؟

على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الملك في نماء المبيع المنفصل لمن انفرد بخيار من بائع أومشتر، فإن كان الخيار لهما فموقوف، فإن تم البيع، فنماء المبيع للمشتري من حين العقد، وإن فسخ، بقي نماء المبيع للبائع، ولا يفرق الشافعية بين النماء المتصل وبين النماء المنفصل، ولا بين خيار المجلس وخيار الشرط[١].

القول الثاني:

نماء المبيع للمشتري مطلقًا، سواء اختارا إمضاء البيع أو فسخه، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[٢].

القول الثالث:

النماء للمشتري إن كان المبيع من ضمانه، ويكون من ضمانه إذا كان المبيع لا يحتاج إلى استيفاء[٣]، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، وهو قول

---

(١) إعانة الطالبين (٣/ ٢٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٢)، حاشية الجمل على المنهج (٣/ ١١٧).

(٢) انظر المغني (٤/ ١١)، الروض المربع (٢/ ٧٥، ٧٦)، المبدع (٤/ ٧١).

(٣) الاستيفاء: هو الكيل أو الوزن، وألحقوا به العد والذرع، كما قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢﴾ [المطففين: ١، ٢].

للحنابلة[1].

❑ دليل من قال: إن النماء لمن انفرد بالخيار، وإن كان الخيار لهما فموقوف:

ذكرنا دليلهم في مسألة حكم النماء المتصل، فإنهم لا يفرقون بين النماء المتصل، والمنفصل في الحكم.

❑ دليل من قال: للمشتري إن ضمن:

(ح-٤٠٩) ما رواه أحمد من طريق ابن أبي ذئب، قال: حدثني مخلد ابن خفاف بن إيماء، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ، قال: **الخراج بالضمان**[2].

[إسناده ضعيف، وضعفه البخاري وأبو داود، وقال الترمذي: العمل على هذا عند أهل العلم][3].

وأما أدلة الحنابلة على أن المشتري يضمن في ثلاث حالات:

الأولى: إذا قبض المبيع، وهذا ظاهر؛ لأنه إذا قبض ملكه فقد دخل في ضمانه.

الثانية: يضمن المشتري قبل القبض إذا لم يكن في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، وقد ذكرنا أدلتهم على هذه الحالة بالتفصيل في مسألة (التصرف في المبيع قبل القبض) فأغنى عن إعادتها هنا.

---

(١) مطالب أولي النهى (٣/ ١٤٣)، الإنصاف (٤/ ٤٦٧).

(٢) المسند (٦/ ٤٩، ٢٣٧).

(٣) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦).

الثالثة: إذا طلب البائع من المشتري القبض، فلم يقبض؛ لأنه إذا منعه البائع من استلام المبيع كان ظالمًا، فإذا هلك ضمن البائع.

❑ دليل من قال: النماء للمشتري مطلقًا:

جميع الأدلة التي سقناها على ثبوت الملك للمشتري مدة الخيار، يستدل بها على أن النماء للمشتري أيضًا، وذلك أنه إذا كان الملك له، كان النماء له أيضًا، لأنه حدث في ملكه.

كما أن جميع الأدلة التي ذكرناها على كون النماء المتصل للمشتري يستدل بها على أن النماء المنفصل له أيضًا من باب أولى، وذلك أنه إذا كان يستحق النماء المتصل بالعين، مع عدم استحقاق العين، فكونه يستحق النماء المنفصل من باب أولى، والله أعلم.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها يجب أن ننظر: هل استحقاق النماء راجع إلى ثبوت الملك، أو راجع إلى استقرار الضمان على المشتري، فإن كان النماء مستحقًا لثبوت الملك، فإن المشتري يثبت له الملك في نفس العقد من صدور القبول مطابقًا للإيجاب، وكون العقد ليس لازمًا مدة الخيار فإنه هذا لا يعني عدم ثبوت الملك، وقد ناقشنا هذه المسألة بشيء من التفصيل، فأغنى عن إعادته هنا، وإذا ثبت له الملك ثبت له النماء؛ لأنه فرع عنه.

وإن كان استحقاق النماء راجعًا إلى شغل الذمة بالضمان، كما جاء في الأثر: الخراج بالضمان، فإن المبيع يدخل في ضمان المشتري من العقد إلا أن يكون المبيع يحتاج إلى توفية: من كيل أو وزن أو عد أو ذرع، وكما قال

ابن عمر: ما أدركته الصفقة حيًا مجموعًا فهو من مال المشتري[١]. أي من ضمانه.

ولا مانع من أن يستحق الشيء بأكثر من سبب، فالنماء للمشتري لأنه نماء ملكه، وهو أيضًا داخل في ضمانه كما لو تلف، وهو لا يحتاج إلى استيفاء، والله أعلم.

❑ فائدة:

[م-٤٨٠] إذا بيعت الدابة حاملًا فولدت أثناء الخيار، فإن الحمل لا يعتبر نماء، لا متصلًا ولا منفصلًا، وذلك أنه وقع عليه البيع، فهو جزء من المبيع لكونه له قسط من الثمن، وإن كان لا يجوز بيعه منفردًا، فإذا رد المبيع رد معه ولده، نعم لو أن الحمل حدث في زمن الخيار فإنه يعتبر من نماء المبيع، والله أعلم.



(١) سبق تخريجه، انظر (ث١٥).

المبحث الثاني عشر
أسباب انتهاء خيار المجلس

الفرع الأول
إسقاط الخيار ابتداء

[م-٤٨١] اختلف العلماء في البيع بشرط نفي خيار المجلس على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يبطل البيع، وهو الصحيح من مذهب الشافعية[١].

القول الثاني:

يصح البيع ويسقط الخيار، وهو قول في مذهب الشافعية[٢]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣].

القول الثالث:

يصح البيع، ولا يسقط الخيار، وهو قول في مذهب الشافعية[٤]، وقول في

---

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ٢١١): «أصحها أن البيع باطل، وهو المنصوص في البويطي والقديم».
وانظر تحفة المحتاج (٤/ ٣٣٥)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٦).

(٢) المجموع (٩/ ٢١١)، الوسيط (٣/ ٩٩، ١٠٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٨).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٧٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٤)، المغني (٤/ ٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦).

(٤) المجموع (٩/ ٢١١).

مذهب الحنابلة[١].

❑ دليل من قال: يبطل البيع:

قال السيوطي: «من أبطل العقد أو الشرط نظر إلى أن مقصود العقد: إثبات الخيار فيه للتروي، فاشتراط نفيه يخل بمقصوده»[٢].

وقال في أسنى المطالب: «ولو شرطا نفي خيار المجلس بطل البيع؛ لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط ألا يسلم المبيع»[٣].

❑ دليل من قال: يصح البيع، ويسقط الخيار.

الدليل الأول:

إذا كان للعاقدين أن يسقطا الخيار بعد العقد، صح لهما أن يسقطا الخيار في ابتدائه، وسيأتي ذكر الأدلة إن شاء الله تعالى على صحة إسقاط خيار المجلس بعد العقد، وقبل التفرق.

الدليل الثاني:

أن خيار المجلس حق للعاقدين، فإذا تراضيا على إسقاطه سقط.

❑ دليل من قال: يصح البيع ولا يسقط الخيار:

الدليل الأول:

(ح-٤١٠) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد، قال: سمعت نافعًا،

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٧٢).

(٢) الأشباه والنظائر (ص٢٨٥).

(٣) أسنى المطالب (٢/ ٤٨).

عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: **إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارًا**[١].

وجه الاستدلال:

أن الحديث أثبت الخيار للبائعين ما لم يتفرقا، أو يتخايرا، والتخاير لا يكون إلا بعد البيع؛ لأنهما قبل تمام العقد لا يقال لهما متبايعان.

الدليل الثاني:

أن خيار المجلس يثبت بعد تمام البيع، فلم يجز إسقاطه قبل ذلك، كخيار الشفعة.

ولم يؤد اشتراط مثل ذلك إلى بطلان البيع؛ لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى جهالة العوض، ولا إلى جهالة المعوض، فلم يبطل العقد لأجله[٢].

بمعنى: أن الشرط الفاسد لا يعود إلى العقد بالفساد ما دام أن العقد بنفسه صحيح، قد توفرت شروطه وتمت أركانه.

❑ الراجح:

جواز اشتراط إسقاط الخيار، وهو يتمشى مع القواعد بأن الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما ثبت النهي عن اشتراطه، أو كان اشتراطه يؤدي إلى الوقوع في محذور شرعي، ولا محذور هنا، والله أعلم.



(١) البخاري (٢١٠٧).

(٢) انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٢٣، ٢٤).



الفرع الثاني
تفرق المتعاقدين من المجلس

[م-٤٨٢] لم يختلف الشافعية والحنابلة القائلون بخيار المجلس بأنه إذا تفرق المتعاقدان من المجلس، ولم يترك أحدهما البيع في أثناء المجلس، فقد لزم البيع، وبطل خيار المجلس[١].

(ح-٤١١) فقد روى البخاري ومسلم من طريق الليث، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: **إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع**[٢].

وقال ابن قدامة: «لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه، وقد دل عليه قول النبي ﷺ: **وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحد منهما البيع، فقد وجب البيع.**

وقوله: **(البيعان بالخيار حتى يتفرقا)** جعل التفرق غاية للخيار، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفًا لما قبلها»[٣].

---

(١) جاء في الأم (٧/ ٣٧١): «سألت الشافعي: متى يجب البيع حتى لا يكون للبائع نقضه، ولا للمشتري نقضه إلا من عيب؟ قال: إذا تفرق المتبايعان بعد عقدة البيع من المقام الذي تبايعا فيه».
وانظر المجموع (٩/ ٢١١، ٢١٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣)، المغني (٤/ ١٤).
(٢) صحيح البخاري (٢١١٢)، صحيح مسلم (١٥٣١).
(٣) المغني (٤/ ١٤).

وقال أيضًا: «البيع يلزم بتفرقهما؛ لدلالة الحديث عليه، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق»[١].

وقد سبق لنا الخلاف في حد التفرق، وهل مرجع ذلك إلى العرف، أو أن يتوارى عن صاحبه، أو لا يسمع صوته لو ناداه عن بعد، فليرجع إليه من شاء.



(١) المرجع السابق (٤/ ٦).

الفرع الثالث
إذا خير أحدهما الآخر في مجلس العقد

[م-٤٨٣] إذا خير أحد العاقدين الآخر في مجلس العقد، وهو ما يسمى بالاصطلاح (التخاير).

فالتخاير: هو اختيار المتعاقدين لزوم العقد في المجلس، فإذا اختارا إمضاء العقد، فهل يبطل خيارهما بذلك قبل التفرق؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يبطل الخيار بالتخاير، وهذا مذهب الشافعية[(١)]، والمشهور من مذهب الحنابلة[(٢)].

القول الثاني:

لا يبطل الخيار بالتخاير، بل يمتد إلى التفرق بالأبدان، وهي رواية عن أحمد[(٣)].

---

(١) السراج الوهاج (ص١٨٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٨٨)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤)، المهذب (١/ ٢٥٨)، أسنى المطالب (٢/ ٤٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٧)، المجموع (٩/ ٢١٢).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٧٢)، الروايتين والوجهين (١/ ٣١٣)، الكافي (٢/ ٤٤)، المبدع (٤/ ٦٦)، المغني (٤/ ٧).

(٣) قال في الإنصاف (٤/ ٣٧٢): «وهو ظاهر كلام الخرقي، ونصره القاضي وأصحابه، وقدمه في الخلاصة...».
وانظر الروايتين والوجهين (١/ ٣١٢)، الكافي (٢/ ٤٤)، المغني (٤/ ٧).

□ دليل من قال: يبطل خيارهما بالتخاير:

الدليل الأول:

(ح-٤١٢) ما رواه البخاري ومسلم من طريق الليث، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: **إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع**[1].

وجه الاستدلال:

قوله: (أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع).

الدليل الثاني:

(ح-٤١٣) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: **المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار**[2].

ورواه البخاري من طريق أيوب، عن نافع به، بلفظ: **البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر،** وربما قال: أو يكون بيع خيار[3].

وجه الاستدلال:

قوله: «أو يقول لصاحبه: اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار».

---

(١) صحيح البخاري (٢١١٢)، صحيح مسلم (١٥٣١).
(٢) صحيح البخاري (٢١١١).
(٣) صحيح البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١).

فهاتان الجملتان تفسر إحداهما الأخرى، فقوله: (أو يقول لصاحبه: اختر) هو بمعنى قوله: (أو يكون بيع خيار)، فإذا قال لصاحبه بعد إتمام البيع: اختر نفاذ البيع، أو فسخه، فإن اختار إمضاء البيع لزم البيع بينهما، وإن لم يتفرقا.

وقد اختلف العلماء في تفسير هذه اللفظة من الحديث، وسوف أفرد لها مبحثًا خاصًا إن شاء الله تعالى.

الدليل الثالث:

الإجماع على أنه إذا خيره، فاختار انقطع خيارهما.

قال النووي: «إذا قال أحدهما للآخر: اختر، أو خيرتك، فقال الآخر: اخترت، فإنه ينقطع خيارهما بلا خلاف»[١].

ولعل مراد النووي بقوله: بلا خلاف يعني في مذهب الشافعية، وإلا فالخلاف محفوظ كما بينا في عرض الأقوال، والله أعلم.

❑ دليل من قال: لا يلزم البيع إلا بالتفرق.

الدليل الأول:

(ح-٤١٤) ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن قتادة، عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث رفعه إلى حكيم بن حزام ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**، أو قال: **حتى يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما**[٢].

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٢).

(٢) صحيح البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).

الدليل الثاني:

(ح-٤١٥) ما رواه أحمد، قال: ثنا أبو كامل، ثنا حماد بن زيد، عن جميل بن مرة، عن أبي الوضيء، قال: كنا في سفر، ومعنا أبو برزة. فقال أبو برزة: إن رسول الله ﷺ قال: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**[(١)].

[صحيح][(٢)].

---

(١) المسند (٤/ ٤٢٥).

(٢) إسناد أحمد رجاله كلهم ثقات، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٠٤) رقم ٢٢٥٦٦، قال: حدثنا الفضل بن دكين.
ورواه البزار في مسنده (٣٨٦٠) حدثنا محمد بن عبد الملك القرشي.
ورواه ابن ماجه (٢١٨٢) حدثنا أحمد بن عبدة وأحمد بن المقدام.
ورواه البيهقي في السنن (٥/ ٢٧٠) من طريق أبي الأشعث.
كلهم عن حماد بن زيد به، بلفظ الإمام أحمد.
ورواه أبو داود (٣٤٥٧) ومن طريقه البيهقي في السنن (٥/ ٢٧٠) وابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ٢٤) عن مسدد.
وابن الجارود في المنتقى (٦١٩) من طريق عفان بن مسلم.
والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٣) من طريق سليمان بن حرب.
كلهم عن حماد بن زيد به، إلا أنهم ذكروا في السياق قصة أن رجلين اختصما إلى أبي برزة في بيع لهما، فقضى بينهما بقضاء رسول الله ﷺ، وقال: وذكر الحديث.
وتابع هشام بن حسان وحماد بن سلمة وعباد بن عباد المهلبي، تابعوا حماد بن زيد، فرواه الروياني في مسنده (٧٧١، ١٣١٩) من طريق يحيى بن سعيد.
والبزار في مسنده (٣٨٦١) من طريق عبد القاهر بن شعيب.
والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٣) من طريق هشيم.
والدارقطني في سننه (٣/ ٦) من طريق مكي بن إبراهيم، كلهم عن هشام بن حسان، وأخرجه تمام الرازي في فوائده (٧٤٣) من طريق حماد بن سلمة.
وأخرجه الخطيب في تاريخ بغداد (١٣/ ٨٦) وأسلم بن سهل في تاريخ واسط (ص٥٣) من طريق عباد بن عباد المهلبي كلهم (هشام بن حسان وحماد بن سلمة وعباد) عن جميل بن مرة به.
قال المنذري في مختصره: رجاله ثقات.

الدليل الثالث:

(ح-٤١٦) ما رواه أحمد من طريق سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن عن سمرة بن جندب، قال: قال رسول الله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**[1].

[إسناده ضعيف][2].

---

(١) المسند (٥/ ١٢).

(٢) رجاله ثقات إلا أن في سماع الحسن من سمرة خلافًا بين أهل الحديث.
قال البيهقي في السنن (٨/ ٣٥): «أكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة، وذهب بعضهم إلى أنه لم يسمع منه غير حديث العقيقة» ثم ساق البيهقي بإسناده عن يحيى ابن معين: لم يسمع الحسن من سمرة شيئًا هو كتاب... وأما علي بن المديني فكان يثبت سماع الحسن من سمرة، والله أعلم.
وذكر الزيلعي في نصب الراية أن في سماع الحسن من سمرة (١/ ٨٩): ثلاثة مذاهب:
أحدها: أنه سمع منه مطلقًا. قال هذا قول ابن المديني، والترمذي، والحاكم.
القول الثاني: أنه لم يسمع منه شيئًا. قاله ابن معين، واختاره ابن حبان في صحيحه.
القول الثالث: أنه سمع منه حديث العقيقة فقط، قاله النسائي، ومال إليه الدارقطني، واختاره عبد الحق في أحكامه، والبزار في مسنده.
تخريج الحديث:
الحديث مداره على قتادة، عن الحسن، عن سمرة، ورواه عن قتادة كبار أصحابه، منهم:
الأول: سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة:
أخرجه أحمد كما في إسناد الباب، وأيضًا في (٥/ ٢٢) والطبراني في الكبير (٦٨٣٢، ٦٨٣٤)، والرافعي في التدوين في أخبار قزوين (٣/ ٤٨٥).
الثاني: هشام الدستوائي، عن قتادة به:
أخرجه أحمد (٥/ ١٧)، والنسائي في المجتبى (٤٤٨١)، وفي الكبرى (٦٠٧٣)، والروياني في مسنده (٨١٢)، والحاكم (٢/ ١٥، ١٦).
وقد رواه الطبراني في الكبير (٦٨٣٣)، قال: حدثنا مسلم الكشي، ثنا مسلم بن إبراهيم، ثنا هشام الدستوائي به، وزاد: إلا أن يكون بيعهما بالخيار. =

. . . .

= ورجاله ثقات إلا أن هذه الزيادة لا تعرف من حديث سمرة، والخطأ فيها إما من مسلم ابن إبراهيم أو من شيخ الطبراني، وذلك أن جميع من رواه عن هشام لم يذكروا هذه الزيادة، وكذلك لم يذكرها جميع من رواه عن قتادة.
انظر ترجمة شيخ الطبراني في تاريخ بغداد (٦/ ١٢٢)، سير إعلام النبلاء (١٣/ ٤٢٣)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٦٢٠).
الثالث: همام، عن قتادة.
أخرجه أحمد (٥/ ١٧)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٩) رقم: ٣٦١٦١، والنسائي في المجتبى (٤٤٨٢)، وفي الكبرى (٦٠٧٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٣)، وفي مشكل الآثار (٥٢٦٦)، والطبراني (٦٨٣٥)، والبيهقي (٥/ ٢٧١).
الرابع: شعبة، عن قتادة.
أخرجه أحمد (٥/ ٢١، ٢٢)، وابن ماجه (٢١٨٣)، والطبراني في الكبير (٦٨٣٧).
الخامس: حماد بن سلمة، عن قتادة. كما في مسند أحمد (٥/ ١٧).
السادس: أبو عوانة، عن قتادة: أخرجه الطبراني في الكبير (٦٨٣٦).
السابع: عمر بن عامر، عن قتادة، كما في المعجم الكبير للطبراني (٦٨٣٨).
الثامن: سعيد بن بشير، عن قتادة، كما في مسند الشاميين للطبراني (٤/ ٣٢).
هذا تخريجه من جهة الإسناد، وأما الاختلاف من حيث المتن.
فقد رواه سعيد بن أبي عروبة، وشعبة، وحماد بن سلمة، وأبو عوانة، وعمر بن عامر، وسعيد ابن بشير، عن قتادة لم يزيدوا على قوله: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا).
ورواه معاذ بن هشام، عن أبيه هشام الدستوائي، عن قتادة، واختلف على معاذ:
فرواه عمرو بن علي الفلاس كما في سنن النسائي المجتبى (٤٤٨١)، والسنن الكبرى له (٦٠٧٣) بزيادة: أو يأخذ كل واحد منهما ما هوي، ويتخايران ثلاث مرات.
وتابعه زهير بن حرب كما في المستدرك (٢/ ١٥، ١٦) بلفظ: ويأخذ كل واحد منهما من البيع ما يهوى قالها ثلاثًا. وليس فيه قوله: ويتخايران ثلاث مرات.
وخالفهما: محمد بن بشار كما في مسند الروياني (٨١٢) فرواه عن معاذ مقتصرًا على قوله: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.
كما رواه همام، عن قتادة، واختلف عليه في ذكر هذه الزيادة:
فرواه عفان كما في المسند (٥/ ١٧)، وشرح معاني الآثار (٤/ ١٣)، وسنن البيهقي الكبرى (٥/ ٢٧١). =

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة:

أن هذه الأحاديث فيها أن المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا، من غير تقييد، ولا تخصيص، هكذا رواه حكيم بن حزام، وأبو برزة، وسمرة بن جندب، وأكثر الرويات عن عبد الله بن عمر.

أجابوا عن حديث: أو يخير أحدهما صاحبه بجوابين:

الجواب الأول:

أن التخاير لم يرد إلا في حديث ابن عمر، وأكثر الروايات ليس فيها ذكر التخاير.

قال القاضي أبو يعلى: «وهذا - يعني حديث حكيم بن حزام، وأبي برزة، وسمرة بن جندب - أولى من حديث ابن عمر؛ لأنه تفرد بروايته في التخاير، وهذا رواه جماعة كل لا يذكر فيه التخاير، وإنما يشترط التفرق»[1].

الجواب الثاني:

أن المراد بقوله: أو يخير أحدهما الآخر: أي فيشترطا الخيار مدة معينة، فلا ينقضي الخيار بالتفرق، بل يبقى حتى تمضي المدة[2].

= ويزيد بن هارون كما في المجتبى للنسائي (٤٤٨٢)، والسنن الكبرى له (٦٠٧٤).
وأبو عمر الحوضي كما في المعجم الكبير للطبراني (٧/ ٢٠٢) بزيادة: ويأخذ كل واحد منهما ما رضي من البيع. ولم يقل: ويتخايران ثلاث مرات كما في رواية هشام.
وخالفهم ابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٩) فرواه عن عفان به مختصرًا، كما في رواية الجماعة (البيعان بالخيار حتى يتفرقا). فتبين من هذا أن أكثر الرواة يروونه مقتصرين على قوله: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا ما كان من رواية همام وهشام الدستوائي، وقد اختلف عليهما في الزيادة على اللفظ السابق، والله أعلم.

(١) الروايتين والوجهين (١/ ٣١٣)، وانظر المغني (٤/ ٧).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٣)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٧٧)، نيل الأوطار (٥/ ٢٩٣).

❑ الراجح:

أن التخاير في مجلس العقد إذا اختار العاقدان إمضاء العقد، أنه مبطل لخيارهما، لحديث ابن عمر رضي الله عنه، وكونه اشتمل على زيادة لم ترد في حديث حكيم بن حزام، وحديث أبي برزة، وحديث سمرة ليس كافيًا في رده، والشذوذ وزيادة الثقة لا تعتبران في زيادة بعض الصحابة رضي الله عنهم على بعض، وإنما يعتبران في زيادة من يروي عنهم من التابعين فمن بعدهم، ولم ينفرد نافع بروايته عن ابن عمر حتى يقال: لا يقبل ما تفرد به نافع، فقد رواه عن ابن عمر، نافع[١]، وعبد الله بن دينار[٢]، وروايتهما في الصحيحين.

يقول الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: «الذي يبحث فيه أهل الحديث في هذه المسألة إنما هو في زيادة بعض الرواة من التابعين فمن بعدهم، أما الزيادة الحاصلة على صحابي آخر إذا صح السند إليه فلا يختلفون في قبولها، كحديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي في الصحيحين في قصة آخر من يخرج من النار، وأن الله تعالى يقول له بعد أن يتمنى ما يتمنى: لك ذلك، ومثله معه.

قال أبو سعيد: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: **لك ذلك، وعشرة أمثاله**[٣].

مع أن القول بأن ابن عمر قد تفرد بهذه الزيادة فيه نظر، فقد روى التخاير غير ابن عمر أيضًا.

(ح-٤١٧) فقد روى أبو داود الطيالسي حدثنا يونس، حدثنا أيوب ابن عتبة،

---

(١) صحيح البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١).

(٢) صحيح البخاري (٢١١٣)، ومسلم (١٥٣١)، وهو في المسند (٢/ ٩)، وفي مسند الحميدي (٦٥٥)، وسنن النسائي (٤٤٨٠)، والمنتقى لابن الجارود (٦١٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢)، وابن حبان (٤٩١٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٦٩).

(٣) النكت على كتاب ابن الصلاح (٢/ ٦٩١، ٦٩٢).

عن أبي كثير الغبري عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما خيارًا[١].

[إسناده ضعيف][٢].

(ح-٤١٨) وروى أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا سليمان، عن سماك، عن

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (٢٥٦٨).

(٢) الحديث ضعيف لضعف أيوب بن عتبة، جاء في ترجمته:
قال فيه يحيى بن معين: ليس بشيء. الجرح والتعديل (٢/ ٢٥٣).
وقال أحمد: مضطرب الحديث. المرجع السابق.
وقال أبو زرعة: ضعيف. المرجع السابق.
والراوي عنه أبو داود الطيالسي، وهو بصري، وقد قال سليمان بن داود بن شعبة اليمامي: وقع أيوب بن عتبة إلى البصرة، وليس معه كتب، فحدث من حفظه، وكان لا يحفظ، فأما حديث اليمامة ما حدث به ثمة، فهو مستقيم. اهـ المرجع السابق، وانظر تهذيب الكمال (٣/ ٤٨٧).
والحديث أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٥٠٥) رقم ٢٢٥٦٧، و (٧/ ٢٨٩) رقم: ٣٦١٥٩، وأحمد (٢/ ٣١١)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٥٢٦٥)، وفي شرح معاني الآثار (٤/ ١٣) والطبراني في الأوسط (٩٠٨) وفي الكبير (١٩/ ١٤٣) رقم ٣٤١، من طريق أيوب بن عتبة به.
ولم يذكر الطبراني قوله: (أو يكون بيعهما خيارًا) وقال: لم يرو هذا الحديث عن أبي كثير يزيد ابن عبد الرحمن إلا أيوب. اهـ
وأخرجه ابن عدي في الكامل (١/ ٣١٦) من طريقين عن إسماعيل بن يعلى أبي أمية، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون بيع خيار.
وإسماعيل ضعيف جدًا.
وأخرجه الطبراني في الأوسط (٨٣٣١) من طريق هشام بن زياد، عن الحسن، عن أبي هريرة، مقتصرًا على أوله، وقال: لم يرو هذا الحديث عن الحسن، عن أبي هريرة إلا هشام بن زياد. اهـ وهشام ضعيف جدًا.

عكرمة عن ابن عباس، أن النبي ﷺ بايع رجلًا، فلما بايعه، قال: اختر. ثم قال رسول الله ﷺ: هكذا البيع[(١)].

[إسناده ضعيف][(٢)].

(ح-٤١٩) وروى ابن ماجه، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، وأحمد بن عيسى المصريان، قالا: حدثنا عبد الله بن وهب، أخبرني ابن جريج، عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله، قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب، حمل خبط، فلما وجب البيع، قال رسول الله ﷺ: اختر. فقال الأعرابي: عمرك الله بيعًا[(٣)].

[رجاله ثقات إلا أنه اختلف في وصله وإرساله][(٤)].

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (٢٦٧٥).

(٢) رواية سماك عن عكرمة فيها اضطراب، وقد بينت ذلك في كتابي موسوعة أحكام الطهارة، كما أن سليمان بن معاذ ضعيف.

والحديث أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١٢٨٣)، والطبري في تفسيره (٥/ ٣٤)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٣/ ٣١٧)، وابن عدي في الكامل (٣/ ٢٧٣)، والبيهقي (٥/ ٢٧٠) من طريق أبي داود الطيالسي.

قال في ذخيرة الحفاظ (٢/ ٧٠٤): «رواه سليمان بن معاذ الضبي، عن سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس. وسليمان هذا يروي عنه أبو داود الطيالسي، ولم أر للمتقدمين فيه كلامًا، وفي حديثه بعض النكرة».

(٣) سنن ابن ماجه (٢١٨٤).

(٤) الحديث رواه ابن ماجه كما في إسناد الباب، عن حرملة بن يحيى وأحمد بن عيسى المصريان.

والترمذي في سننه (١٢٤٩) حدثنا عمرو بن حفص الشيباني.

والحاكم في المستدرك (٢٣٠٦) وعنه البيهقي في السنن (٥/ ٢٧٠) من طريق وهب بن يزيد ابن موهب، كلهم عن عبد الله بن وهب به. =

فهذه الأحاديث وإن كانت لا تخلو من ضعف إلا أنها بمجموعها يشهد لحديث ابن عمر المتفق على صحته على جواز التخاير في مجلس العقد، فإذا اختار العاقدان إمضاء البيع، وإسقاط الخيار بطل خيارهما، ولأن الخيار حق للعاقدين، فإذا أسقطاه برضاهما سقط، والله أعلم.

***

= وتابع يحيى بن أيوب عبد الله بن وهب، فقد رواه الطبراني في الأوسط (٣٥٥٢، ٦٣٨٨)، والحاكم في المستدرك (٢٣٠٥) من طريق موسى بن أعين.
وأخرجه الطبراني أيضًا في الأوسط (٩٠٦٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٧٠) من طريق الليث، كلاهما عن يحيى بن أيوب، عن ابن جريج.
وقد اختلف على ابن جريج فيه:
فرواه عبد الله بن وهب، ويحيى بن أيوب عنه كما سبق.
وقال البيهقي في السنن (٥/ ٢٧٠): ورواه ابن عيينة، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، عن طاووس، عن النبي ﷺ مرسلًا. وكذلك رواه عبد الله بن طاووس عن أبيه.
قلت: وقد رواه عبد الرزاق (١٤٢٦١) قال: أخبرنا معمر وابن عيينة، عن ابن طاووس، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا.
وأخرجه البيهقي (٥/ ٢٧١) من طريق عبد الرزاق، عن معمر وحده به.
رواه البيهقي مسندًا في السنن (٥/ ٢٧٠) من طريق ابن عيينة، عن عبد الله بن طاووس، عن أبيه مرسلًا.



مسألة
معنى قوله في الحديث: (إلا بيع الخيار)

(ح-٤٢٠) روى البخاري ومسلم من طريق الليث، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: **إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع**[1].

وفي رواية البخاري من طريق مالك، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: **المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار**[2].

ورواه البخاري من طريق أيوب، عن نافع به، بلفظ: **البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار**[3].

[م-٤٨٤] اختلف العلماء في معنى قوله ﷺ: «**أو يقول لصاحبه: اختر**، وربما قال: أو يكون بيع خيار» على أقوال منها:

القول الأول:

أن معنى قوله ﷺ: (**أو يقول لصاحبه: اختر**) هو بمعنى قوله: (أو يكون بيع

---

(١) صحيح البخاري (٢١١٢)، صحيح مسلم (١٥٣١).

(٢) صحيح البخاري (٢١١١).

(٣) صحيح البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١).

خيار)، فإذا قال لصاحبه بعد إتمام البيع: اختر نفاذ البيع، أو فسخه، فإن اختار إمضاء البيع لزم البيع بينهما، وإن لم يتفرقا.

وهذا التفسير هو قول الثوري، والليث بن سعد، والأوزاعي، وابن عيينة، وعبيد الله بن الحسن، وإسحاق بن راهوية[١].

ونسبه ابن حجر إلى جمهور العلماء، وقال: جزم الشافعي به[٢].

فيكون معنى قوله ﷺ: (**إلا بيع الخيار**) استثناء من امتداد الخيار إلى التفرق، فيكون التقدير: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا البيع الذي جرى فيه التخاير[٣].

قال النووي: «وأما قوله ﷺ: (**إلا بيع الخيار**) ففيه ثلاثة أقوال ذكرها أصحابنا وغيرهم من العلماء:

أصحها: أن المراد التخيير بعد تمام العقد، قبل مفارقة المجلس، وتقديره: يثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا في المجلس، ويختارا إمضاء البيع، فيلزم البيع بنفس التخاير، ولا يدوم إلى المفارقة»[٤].

قال ابن حجر: «ورواية الليث ظاهرة جدًا في ترجيحه»[٥].

القول الثاني:

ذهب آخرون في تفسير قوله: (إلا بيع الخيار) إلى أنه استثناء من انقطاع

---

(١) انظر التمهيد لابن عبد البر (١٤/ ٢٣، ٢٤).
(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٣).
(٣) انظر المرجع السابق.
(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٤)، وانظر التمهيد (١٤/ ٢٣)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٧٦). .
(٥) فتح الباري (٤/ ٣٣٣).

الخيار بالتفرق، فيكون المعنى: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يشترطا الخيار مدة معينة، فلا ينقضي الخيار بالتفرق، بل يبقى حتى تمضي المدة.

قال ابن عبد البر: «وهذا قول الشافعي، وأبي ثور، وجماعة»[١].

قال الحافظ: «حكاه ابن عبد البر عن أبي ثور، ورجح الأول بأنه أقل في الإضمار»[٢].

وقال النووي «والقول الثاني: أن معناه: إلا بيعًا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام، أو دونها، فلا ينقضي الخيار فيه بالمفارقة، بل يبقى حتى تنقضي المدة المشروطة.

القول الثالث:

معنى (إلا بيع الخيار) أي إلا بيعًا شرط فيه ألا خيار لهما في المجلس، فيلزم البيع بنفس البيع، ولا يكون فيه خيار[٣].

قال ابن حجر عن القول الثالث: «وهذا أضعف هذه الاحتمالات»[٤].

القول الرابع:

قال ابن حجر: «قوله (إلا أن يكون بيع خيار) أي هما بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن يتخايرا، ولو قبل التفرق، وإلا أن يكون البيع بشرط الخيار، ولو بعد التفرق. وهو قول يجمع التأويلين الأولين، ويؤيده رواية عبد الرزاق، عن

---

(١) التمهيد (١٤/ ٢٣).

(٢) الفتح (٤/ ٣٣٣).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٤)، وانظر التمهيد (١٤/ ٢٣)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٧٦).

(٤) الفتح (٤/ ٣٣٣).

سفيان، في حديث الباب الذي يليه، حيث قال فيه: (إلا بيع الخيار، أو يقول لصاحبه: اختر) إن حملنا قوله: (أو) على التقسيم، لا على الشك»[١].

❑ الراجح:

قال النووي: «اتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول، وهو المنصوص للشافعي، ونقلوه عنه، وأبطل كثير منهم ما سواه، وغلطوا قائله»[٢].

قلت: يؤيد ذلك ما رواه النسائي من طريق إسماعيل، عن نافع به، بلفظ: (**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار، فقد وجب البيع**)[٣].

(ح-٤٢١) ورواه النسائي أيضًا من طريق ابن جريج، قال: أملى علي نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **إذا تبايع البيعان فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يفترقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإن كان عن خيار فقد وجب البيع**[٤].

وهذه متابعة لإسماعيل، على قوله (فقد وجب البيع).

ورواه ابن طهمان في مشيخته، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، مرفوعًا بلفظ: (**البيعان بالخيار من بيعهما، ما لم يفترقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع**)[٥].

---

(١) الفتح (٤/ ٣٣٣).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٤).

(٣) سنن النسائي المجتبى (٤٤٦٧)، وفي الكبرى (٦٠٥٩).

(٤) سنن النسائي المجتبى (٤٤٦٨)، وفي الكبرى (٦٠٦٠)، وقد رواه يعقوب بن سفيان الفسوي في المعرفة والتاريخ (٣/ ٥٢) من طريق سفيان به، وليس فيه زيادة (فقد وجب البيع).

(٥) مشيخة ابن طهمان (١٨٠).

فلو كان المراد به خيار الشرط، لم يصح أن يقول: فقد وجب البيع.

(ح-٤٢٢) ويؤيد ذلك أيضًا ما رواه أحمد، والحميدي[1] من طريق الثوري.

ومسلم، والنسائي[2] من طريق إسماعيل بن جعفر.

والطيالسي، وأحمد، والنسائي[3]، من طريق شعبة.

والنسائي[4]، من طريق ابن الهاد.

كلهم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار**[5].

معنى الحديث: حصر لزوم البيع في التفرق أو في التخاير وإن لم يتفرقا، فهذا معنى قوله: إلا بيع الخيار معناه: أنه لازم، وإن لم يتفرقا.

---

(١) المسند (٢/ ١٥٣)، ومسند الحميدي (٦٥٥).

(٢) مسلم (١٥٣١)، والنسائي (٤٤٧٥).

(٣) الطيالسي (١٨٨٢)، وأحمد (٢/ ٥١)، والنسائي (٤٤٧٩).

(٤) سنن النسائي (٤٤٧٦).

(٥) وقد روي عن عبد الله بن دينار تارة بهذا اللفظ، وتارة باللفظ المشهور:
فقد رواه أحمد (٢/ ٩)، وابن الجارود في المنتقى (٦١٧) والنسائي (٤٤٨٠) من طريق سفيان، عن عبد الله بن دينار، البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار.
وهذه انفرد بها سفيان عن عبد الله بن دينار كما بينا.
فلعل عبد الله بن دينار تارة يرويه باللفظ، وتارة يسوقه بالمعنى.
إلا أن عبد الله بن دينار لم ينفرد بهذا اللفظ، فقد تابع نافع عبد الله بن دينار، فقد رواه الطيالسي (١٨٦٠) حدثنا الربيع، عن نافع به، بلفظ: أن رسول الله ﷺ، قال: **كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا أن يكون بيعهما بيع خيار.**
فلعل اللفظين محفوظان، وإن كان ثمت ترجيح فرواية مالك ويحيى بن سعيد ومن وافقهما عن نافع أرجح، وروايتهما في الصحيح، ورواه عبيد الله بن عمر عن نافع موافقًا لرواية مالك وغيره، والله أعلم.



المطلب الأول
الخلاف في بقاء خيار الساكت

[م-٤٨٥] بحثنا في المسألة السابقة: انتهاء خيار المجلس بالتخاير، وهو ما إذا وقع اختيار الفسخ أو إمضاء العقد من العاقدين، فيؤدي ذلك إلى إسقاط الخيار، وفي هذه المسألة نريد أن نبحث حكم ما لو قال أحد العاقدين للآخر: اختر، فسكت، ولم يجب بشيء، فما حكم خيار الساكت؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

الساكت لا ينقطع خياره، وهذا مذهب الشافعية[(١)]، والراجح عند الحنابلة[(٢)].

القول الثاني:

يسقط خيار الساكت، وهو وجه ضعيف في مذهب الشافعية[(٣)].

❑ دليل من قال: الساكت لا ينقطع خياره:

قالوا: الساكت باق على خياره؛ لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره، ولا يبطل خياره كلام صاحبه حتى يختار هو لنفسه.

---

(١) البيان للعمراني (٥/ ٢٠)، المهذب مع المجموع (٩/ ٢٠٥)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٧)، المهذب (١/ ٢٥٨).

(٢) قال في الإنصاف (٤/ ٣٧٣): «وأما الساكت فلا يسقط خياره قولًا واحدًا».
وانظر: المغني (٤/ ٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٦)، الكافي (٢/ ٤٤).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

قال النووي: «إذا قال أحدهما للآخر: اختر، أو خيرتك، فقال الآخر: اخترت، فإنه ينقطع خيارهما بلا خلاف... وإن سكت الآخر لم ينقطع خيار الساكت بلا خلاف»[١].

وقوله بلا خلاف فيه نظر، بل هناك وجه ضعيف لدى الشافعية بأن خيار الساكت يسقط أيضًا، وهو ما سنذكر دليله في القول الثاني.

❑ دليل من قال: يسقط خيار الساكت.

قالوا: إن الخيار لا يتبعض ثبوته، فلا يتبعض سقوطه، فإذا كان ثبوت خيار المجلس لا يتجزأ، فلا يثبت لأحدهما دون الآخر، فكذلك سقوطه، ليتساويا في انتهاء العقد، كما تساويا في نشوئه وقيامه[٢].

❑ الراجح:

أن الساكت لا ينقطع خياره، لأن الخيار إذا كان حقًا للساكت لم يبطل بفعل غيره، فما فائدة أن يكون له حق الاختيار، في الحال الذي يقال: إن الطرف الآخر يملك إسقاط هذا الحق متى شاء، فلا يسقط الحقوق إلا من يملكها، أو نص شرعي، ولا نص هنا، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

(١) المجموع (٩/ ٢١٢).

(٢) انظر روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

المطلب الثاني
الخلاف في بقاء خيار القائل (اختر)

[م-٤٨٦] إذا قال أحد العاقدين لصاحبه: (اختر)، فهل قوله هذا يسقط خياره؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يسقط خياره، وهو المذهب عند الشافعية[1]، والحنابلة[2].

القول الثاني:

لا يسقط خياره، وهو وجه في مذهب الشافعية[3]، وقول في مذهب الحنابلة[4].

❑ دليل من قال: يسقط خياره:

الدليل الأول:

(ح-٤٢٣) ما رواه البخاري من طريق أيوب، عن نافع، **عن ابن عمر مرفوعًا البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر**... الحديث[5].

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٢٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٧)، المهذب (١/ ٢٥٨)، المجموع (٩/ ٢٠٥)، كفاية الأخيار (١/ ٢٤٣).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٧٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).

(٣) البيان للعمراني (٥/ ٢٠)، المهذب (١/ ٢٥٨).

(٤) الكافي في فقه ابن حنبل (٢/ ٤٤)، المغني (٤/ ٨).

(٥) صحيح البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١).

وجه الاستدلال:

أفاد الحديث أن الخيار باق إلا في حالتين: أن يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، فإن تفرقا فقد سقط خيارهما بنص الحديث، وإن قال لصاحبه: اختر، فاختار فقد سقط خيارهما، وإن سكت فقد سقط خيار القائل، وأما الساكت فهو على خياره كما قدمنا، وذكرنا دليله في المسألة السابقة.

الدليل الثاني:

أن قوله لصاحبه: اختر دليل على رضاه بالبيع وقبول لزومه، فإذا اختار لزومه وجب البيع في حقه، وبقي حق صاحبه.

❑ دليل من قال: لا يسقط خياره:

(ح-٤٢٤) ما رواه البخاري ومسلم من طريق الليث، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: **إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع**[١].

وجه الاستدلال:

قوله: (أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع) فالحديث نص بأنه إذا خيره، فتبايعا على ذلك فقد لزم البيع، أما إذا خيره، فلم يختر فالبيع لم يلزم في حقهما، الشأن في ذلك شأن الإيجاب فلا يلزم البائع بصدور الإيجاب منه حتى يصدر القبول من المشتري مطابقًا للإيجاب.

---

(١) صحيح البخاري (٢١١٢)، صحيح مسلم (١٥٣١).

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين الإيجاب والقبول، وبين حق الخيار، فمن الممكن أن يكون الخيار لأحدهما دون الآخر، وممكن أن يسقطاه ابتداء، بخلاف الإيجاب والقبول، فهما ركنا البيع، لا يتم البيع بدونهما، فإذا قال: اختر، فإنه لم يقل هذا إلا بعد الرضا منه بالبيع، واختيار لزومه فإذا أسقط حقه بالخيار سقط.

الدليل الثالث:

أن الرجل إذا قال لزوجته: اختاري نفسك، فسكتت، فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط، فكذلك هنا(١).

وأجيب:

بأن المرأة لم تكن مالكة للخيار، فإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه، فإذا سكتت بقي على حقه، وهاهنا المشتري يملك الفسخ، فلا يفيد تخييره إسقاط حقه المملوك له قبل تخييره.

❑ الراجح:

أنه إذا قال لصاحبه: اختر، فإنه قد اختار لزوم البيع، وطالب صاحبه أن يختار إمضاء البيع، أو الفسخ، فإذا اختار إمضاء البيع لزم القائل، وهذا دليل على سقوط خياره، فإن سكت، بقي خيار الساكت، وسقط خيار القائل، هذا هو ظاهر الحديث، والله أعلم.

❀ ❀ ❀

(١) انظر المهذب (١/ ٢٥٨)، البيان للعمراني (٥/ ٢٠).



الفرع الرابع
في انتهاء خيار المجلس في موت أحد العاقدين

[م-٤٨٧] اختلف الفقهاء هل ينتهي خيار المجلس في موت أحد العاقدين.

فقيل: إذا مات قبل التفرق قام ورثته مقامه، وهذا مذهب الشافعية[١]، وقول في مذهب الحنابلة[٢].

وقيل: يبطل خياره، وهو قول في مذهب الشافعية[٣]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٤].

❑ دليل من قال: ينتقل لورثته:

الدليل الأول:

حق خيار المجلس حق أعطاه الشارع لكل واحد من المتعاقدين ما داما في المجلس، وقد قال الزركشي في القواعد: «الحقوق تورث كما يورث المال، بدليل قوله ﷺ: **من ترك حقًا فهو لورثته**»[٥].

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٧)، مغني المحتاج (٢/ ٤٥)، الوسيط (٣/ ١٠٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٧٠).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

(٤) الفروع (٤/ ٨٢، ٨٣)، الكافي (٢/ ٥٢)، المغني (٤/ ٧)، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٧٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥)، كشاف القناع (٣/ ٢١٠).

(٥) المنثور في القواعد (٢/ ٥٥). والحديث الذي ذكره لم أقف عليه في هذا اللفظ، وقد ذكر الألباني في الإرواء (٦/ ١١) الحديث بلفظ: «**من ترك حقًا أو مالًا فهو لورثته**» ونسبه الألباني رحمه الله إلى أبي داود، وقال: صحيح، وهو من حديث جابر». =

وإذا كان لم يثبت قوله (من ترك حقًا فهو لورثته) فإن عموم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، يدخل فيه، فإنه من جملة ما ترك.

الدليل الثاني:

قالوا: إن خيار المجلس حق مقصود، فلا يبطل بالموت[1].

الدليل الثالث:

قياس خيار المجلس على خيار العيب، فكلاهما حق لازم ثابت في البيع بحكم الشرع، ولا خلاف في انتقال خيار العيب بالموت، فكذلك خيار المجلس.

الدليل الرابع:

القياس على خيار الشرط، فكما أن خيار الشرط يورث، فكذلك خيار المجلس، والله أعلم.

❑ تعليل من قال: من مات بطل خياره.

التعليل الأول:

إذا كان خيار المجلس يبطل بالتفرق، فالتفرق بالموت أعظم الفرقتين.

= وحديث جابر الذي في سنن أبي داود (٣٣٤٣) بلفظ: (ومن ترك مالًا فلورثته)، وهو كذا في المنتقى لابن الجارود (١١١١)، والنسائي في المجتبى (١٩٦٢)، وفي الكبرى (٢٠٨٩)، وابن حبان (٣٠٦٤) من طريق أبي سلمة، عن جابر.
ورواه ابن ماجه (٢٤١٦)، وعبد الرزاق في المصنف (١٥٢٦٢) من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر.
ولم أقف عليه بلفظ: من ترك حقًا، وقد قال المناوي في فيض القدير (٣/ ٤٨): «ومن ترك مالًا: يعني حقًا، فذكر المال أغلبي؛ إذ الحقوق تورث كالمال».

(١) انظر الوسيط (٣/ ١٠٤).

التعليل الثاني:

قال ابن قدامة: «لم يثبت لورثته؛ لأنه حق فسخ، لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة»[١].

ولأن خيار المجلس إرادة ومشيئة تتصل بشخص العاقد، وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور.

❑ **الراجح:**

المسألة ليس فيها نص، ويبقى الاجتهاد والنظر، فالإنسان إذا مات، واعتبرنا أنه بالموت قد فارق المجلس، فإنه قد فارق المجلس بغير اختياره، فلا يبعد أن يكون حكمه حكم المكره، وسبق لنا أن المكره على المفارقة له حق الخيار، وما دام لا يستطيع وقد مات فإن حق الاختيار ينتقل إلى ورثته، سواء قلنا: إنه يورث، أو أنه ينوب عن الميت لتعذر ذلك من الميت، وملكية الميت للمبيع سابقة للموت، ويبقى حق الطرف الذي ما زال حيًا، فلم يسقط خياره بموت صاحبه.

قال ابن قدامة: «وفي خيار صاحبه وجهان:

أحدهما: يبطل؛ لأن الموت أعظم التفرق.

والثاني: لا يبطل؛ لأن الفرقة بالأبدان لم تحصل»[٢].

وهذا الوجهان للشافعية، وعندهم وجه ثالث: حكاه القاضي حسين: أن خيار صاحبه يمتد حتى يجتمع هو والوارث[٣].

---

(١) الكافي (٢/ ٥٢).

(٢) الكافي (٢/ ٥٢).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

قال الغزالي: «نعم ينقدح الخلاف في أن الوارث إذا بلغه الخبر يدوم خياره بدوام مجلس البلوغ، أم هو على الفور؟ من حيث إن التفرق بالموت أبطل المجلس، وبقي مجرد الحق، فثبت اختياره على الفور.

والوجه الآخر: أن الحق إذا بقي بقي بوصفه»[1]، والله أعلم.



(١) الوسيط (٣/ ١٠٥).

الفرع الخامس
انتهاء الخيار بالتصرف في المبيع

[م-٤٨٨] اختلف الفقهاء القائلون بخيار المجلس في حكم التصرف في المبيع زمن الخيار، هل يسقط الخيار؟ وهل يصح التصرف؟ إلى قولين:

القول الأول: مذهب الشافعية:

أن البائع إذا تصرف في المبيع ببيع أو هبة أو وقف أو نحوها والخيار له أو لهما: صح تصرفه، وكان ذلك منه اختيارًا لفسخ البيع.

لأن هذا تصرف يفتقر إلى الملك، فجعل هذا منه اختيارًا للفسخ، ورد المبيع إلى ملكه في زمن الخيار.

وأما تصرف البائع بالثمن فلا ينفذ إن كان معينًا حتى ينقطع خيار المشتري، ويقبض الثمن، وإن كان في الذمة لم ينفذ تصرفه فيه قبل انقطاع الخيار[١].

وأما تصرف المشتري فتارة يكون في الثمن، وتارة يكون في المبيع:

فإن كان تصرف المشتري في الثمن صح تصرفه، إن كان الخيار له، أو لهما، وكان ذلك منه اختيارًا لفسخ البيع.

وإن كان تصرف المشتري بالمبيع ببيع أو هبة أو وقف ونحوها ففيه تفصيل:

إن كان تصرفه بإذن البائع، أو باع المبيع للبائع نفسه، فوجهان:

---

(١) التنبيه (ص٨٧).

أصحهما صحة التصرف؛ لتضمنه الإجازة، ولأن المنع من التصرف لحق البائع، وقد رضي، ويصير البيع بذلك لازمًا[(١)].

وإن كان تصرف المشتري بغير رضا البائع، والخيار لهما، فإن فسخ البائع البيع الأول، لم يصح البيع الثاني.

وإن أجاز البائع البيع، فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلا بشرطين (العقد وانقطاع الخيار) لم يصح بيعه.

وإن قلنا: إنه يملك بنفس العقد، أو الملك موقوف، فهل يصح بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح بيعه؛ لأنه صادف ملكه.

والثاني: لا يصح؛ لأنه باع عينًا تعلق بها حق غيره، بغير إذنه، فلم يصح كالراهن إذا باع الرهن.

وتصرف المشتري ولو بغير إذن البائع، ولو لم يصح تصرفه يعتبر إجازة من المشتري للبيع[(٢)].

وإن كان الخيار للمشتري وحده، فباع أو وهب، ففيه ثلاثة أوجه، أصحها: أن تصرفه صحيح، ويبطل خياره[(٣)].

---

(١) والثاني: لا يصح تصرفه لضعف الملك، وعدم تقدم الإجازة، لأنه ابتدأ به قبل أن يتم ملكه عليه. وعلى الوجهين جميعًا يصير البيع لازمًا، ويسقط الخيار.

(٢) قولنا: يعتبر إجازة: أي يبطل خياره، قال النووي في الروضة (٣/ ٤٥٨): «وإن باع أو وقف، أو وهب، وأقبض بغير إذن البائع، لم ينفذ قطعًا، ولكن يكون إجازة على الأصح».

(٣) والوجهان الآخران:

أحدهما: أن خياره باق، وتصرفه غير صحيح.

والثاني: يبطل خياره، وتصرفه غير صحيح.

=

لأن تصرفه في هذه الحالة إما أن يصادف ملكه فظاهر، وإما أن يعتبر تصرفه إمضاء للبيع، وإسقاطًا للخيار؛ وفي كلا الحالين ليس في ذلك إبطال لحق غيره، والله أعلم.

هذا ملخص قول الشافعية في المسألة:

القول الثاني: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة: إلى أن الخيار إما أن يكون لهما، أو لأحدهما:

فإن كان الخيار لهما (لكلا العاقدين) فليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع ولا في عوضه مدة الخيار؛ لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه، ولا انقطعت عنه علاقته، فيتصرف فيه المشتري، ولأن تصرفه يؤدي إلى إبطال حق صاحبه، وهذا لا يجوز.

وإن كان الخيار لواحد منهما:

فإن كان للمشتري وحده صح تصرفه في المبيع؛ لأن تصرفه من مالك تام الملك، جائز التصرف، فنفذ كما بعد انتهاء الخيار، ولأن تصرفه في المبيع دليل على رضاه به، وإمضائه للبيع.

وإن كان الخيار للبائع وحده:

فإن تصرف في المبيع لم ينفذ. قال المرداوي: وهذا الصحيح من المذهب... وهو من المفردات.

= انظر في هذا: البيان للعمراني (٥/ ٤٤، ٤٥)، مغني المحتاج (٢/ ٤٩)، إعانة الطالبين (٣/ ٣٠)، الوسيط (٣/ ١١٣)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٣، ٢٤٤)، فتح الوهاب (١/ ٢٩٢)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٨).

وعللوا ذلك: بأن البائع لا يملك المبيع بعد بيعه[١].

وإن تصرف البائع بالثمن، نفذ تصرفه، وبطل خياره؛ لأن تصرفه في الثمن دليل على رضاه وإمضائه للبيع.

وقيل: ينفذ تصرف البائع في المبيع، إن قلنا: إن البيع لا ينقل الملك، وكان الخيار لهما، أو للبائع، وهو قول في مذهب الحنابلة[٢].

وقيل: يقع التصرف موقوفًا على انقضاء الخيار، ولا يبطل حق من لم يتصرف من الخيار، فإن انقضى ولا فسخ، صح التصرف، وإن فسخ من لم يتصرف بطل التصرف، وهو قول في مذهب الحنابلة[٣].

□ والراجح:

أن التصرف في المبيع أو الثمن تارة يكون ناقلًا للملكية، وهذا لا يجوز، ولا يصح إذا كان الخيار لهما، بصرف النظر عن كون هذا التصرف صدر من مالك أو من غيره، لأن هذا التصرف يؤدي إلى إسقاط حق الغير بغير رضاه، ويعتبر مثل هذا التصرف مسقطًا لخيار من صدر عنه؛ لأنه دليل على إجازته للعقد.

وإن كان الخيار لأحدهما، فيجوز تصرف من كان له الخيار وحده، ويعتبر دليلًا على اختياره إمضاء العقد؛ لأن تصرفه لا يؤدي إلى إسقاط حق غيره.

وإن كان التصرف لا ينقل الملكية، كما لو استخدم المبيع في غير تجربته، فهذا التصرف يسقط خيار من صدر عنه؛ لأنه دليل على إمضاء العقد، ولا يجوز تصرفه هذا إن كان الخيار لهما إلا بإذن الآخر، والله أعلم.

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٨٤)، وانظر الكافي (٢/ ٤٨، ٤٩)، المبدع (٤/ ٧٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) شرح الزركشي (٣/ ٣٩٥).

الفرع السادس
انتهاء الخيار باختيار الفسخ

[م-٤٨٩] لا شك أن فسخ العقد ينهي خيار المجلس، وذلك أن خيار المجلس إنما شرع لإتاحة الفسخ لكل واحد من المتعاقدين، وهذا أمر معلوم.

ويحصل الفسخ في زمن خيار المجلس بكل لفظ يدل عليه، كفسخت البيع، واسترجعت المبيع، أو رددته، أو رددت الثمن، ونحو ذلك.

قال الصيرمي: وقول البائع في زمن الخيار: لا أبتاع حتى يزيد في الثمن، مع قول المشتري: لا أفعل، يكون فسخًا. وكذا قول المشتري: لا أشتري حتى ينقص عني من الثمن، مع قول البائع: لا أفعل. وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال، كل هذا فسخ[1].



(١) انظر المجموع (٩/ ٢٤١).



الفصل الثاني: خيار الشرط

المبحث الأول
تعريف خيار الشرط

تعريفه:

سبق لنا تعريف كلمة الخيار وحده في الفصل الذي قبل هذا، وسبق لنا تعريف كلمة الشرط وحده في باب (الشروط في البيع)، ونعرف الآن الكلمتين مركبتين: (خيار الشرط) وهو مركب إضافي فخيار الشرط: هو من باب إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن الشرط سبب الخيار.

خيار الشرط في الاصطلاح:

قال ابن عابدين في تعريفه: «خيار الشرط مركب إضافي، صار علمًا في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ»(١).

وعرفه ابن عرفة، فقال: «بيع وقف بته أولًا على إمضاء يتوقع»(٢).

فخرج بقوله: (وقف بته) بيع البت، والبيع الذي آل إلى خيار، كمن اشترى شيئًا على البت، فاطلع على عيب، فإنه مخير بين الرد والإمساك؛ فهذا البيع وإن كان قد وقف بته لكن ليس في أول الأمر، وإنما في آخره(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٧).

(٢) شرح حدود ابن عرفة (ص٢٦٦)، وانظر مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).

(٣) انظر شرح ميارة (٢/ ٢)، الخرشي (٥/ ١٠٩).

ويقول السنهوري في تعريفه: «خيار الشرط: خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما، بموجبه يكون لمن له الخيار الحق في نقض العقد في خلال مدة معينة، فإن لم ينقضه نفذ»[١].

فمن خلال هذه التعريفات يتضح ما يلي:

أولًا: أن خيار الشرط هو خيار إرادي ينشأ عن إرادة العاقد، وليس هو خيارًا حكميًا يثبت بمجرد حكم الشرع كخيار المجلس وخيار العيب.

ثانيًا: أن العقد الذي فيه خيار الشرط يكون عقدًا غير لازم من جانب من له الخيار.

ثالثًا: أن الغاية من مشروعية هذا الخيار هو التروي، والتفكر في الأمر، والتبصر في إمضاء البيع أو رده، فهو خيار ينشأ من جهة العاقد، بخلاف خيار النقيصة، فهو خيار ينشأ من جهة المعقود عليه يكون موجبه ظهور عيب أو استحقاق.



(١) مصادر الحق (٤/ ١٩٩).

المبحث الثاني
في حكم خيار الشرط

[م-٤٩٠] اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الخيار في عقد البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يصح، وهو مذهب الأئمة الأربعة(١).

القول الثاني:

لا يصح اشتراط الخيار للبائع، أو لهما، ويجوز اشتراطه للمشتري وحده، وهو قول ابن شبرمة، والثوري(٢).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)، تبيين الحقائق (٤/ ١٤)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٨، ٢٩٩)، فتح القدير (٦/ ٢٩٨)، البحر الرائق (٦/ ٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٨)، البناية للعيني (٧/ ٧٤).
وانظر في مذهب المالكية: الفواكه الدواني (٢/ ٨٢)، شرح ميارة (٢/ ٣)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٣)، التلقين (٢/ ٣٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٩١)، المعونة (٢/ ١٠٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ٩١)، مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩)، بلغة السالك (٣/ ٧٩)، الاستذكار (٢١/ ٩٧)، الذخيرة (٥/ ٢٣).
وانظر في مذهب الشافعية: الحاوي الكبير (٥/ ٦٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٩)، مغني المحتاج (٢/ ٤٦)، نهاية المحتاج (٤/ ١١)، حواشي الشرواني (٥/ ٥٩٢)، المجموع (٩/ ١٧٣) و (٩/ ٢٦٨).
وانظر في مذهب الحنابلة: الإنصاف (٤/ ٣٧٣)، الروض المربع (٢/ ٧٢)، الكافي (٢/ ٤٥)، المبدع (٤/ ٦٨)، المحرر في الفقه (١/ ٢٦٢)، المغني (٤/ ١٨).
(٢) انظر المحلى (٧/ ٢٦٥)، فتح القدير (٦/ ٣٠٢)، البحر الرائق (٦/ ٣).

القول الثالث:

لا يصح اشتراط الخيار مطلقًا في عقد البيع إلا أن يقول أحدهما حين يبيع أو يبتاع: لا خلابة، ثم هو بالخيار ثلاثة أيام، وهذا اختيار ابن حزم[(١)].

□ دليل الجمهور على جواز اشتراط الخيار في عقد البيع:

الدليل الأول:

ذكرنا في مسألة سابقة الأدلة الصحيحة الصريحة على أن الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما جاء نص في النهي عن اشتراطه، أو كان في اشتراطه محذور شرعي، وأجبنا عن أدلة المخالفين بما يغني عن إعادته بنصه هنا[(٢)].

وهذه الأدلة الكثيرة والتي سقناها على هذه القاعدة أرى أنها أقوى دليل على جواز اشتراط الخيار مدة معينة، وما عدا ذلك من الأدلة قد ينازع فيها منازع إما في ثبوتها، وإما في دلالتها على المطلوب كما سترى من خلال عرض الأدلة، وأسعد الفقهاء بهذا الاستدلال هم الحنابلة، والذين يرون أن شرط الخيار أصل بذاته، فليس جاريًا على خلاف القياس كما يراه الحنفية[(٣)]، ولا مستثنى من بيع

---

(١) أبطل ابن حزم اشتراط الخيار في البيع إلا بصيغة واحدة، أن يقول العاقد حين يبيع أو يبتاع: لا خلابة، ثم إن شاء رد بعيب أو بغير عيب، أو بخديعة أو بغير خديعة، ويغبن أو بغير غبن، وإن شاء أمسك، فإذا انقضت الليالي الثلاث بطل خياره، ولزم البيع، انظر المحلى (مسألة: ١٤٤٣).

(٢) ذكرنا هذه المسألة في باب الشروط في البيع، في مبحث: الأصل في الشروط الصحة والجواز.

(٣) جاء في تبيين الحقائق (٤/ ١٤): «شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص» وقد احتج الزيلعي بقوله ﷺ لحبان بن منقذ: إذا بايعت فقل لا خلابة، ولك الخيار ثلاثة أيام. هذا هو النص الذي أشار إليه الزيلعي.

وانظر: العناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٩، ٣٠٠).

الغرر كما يراه المالكية[١]، وليس من قبيل الرخص ارتفاقًا بالعباد كما يراه الشافعية[٢]، بل هو أصل بذاته، والمعنى يقتضيه؛ لأن خيار الشرط إما للتروي في الثمن، وليقف على غلائه ورخصه، وإما ليختبر المبيع، ويعلم جودته ورداءته، وإما ليؤامر نفسه في العزم على الشراء، وهذه المقاصد مشروعة، وتحقق الرضا من المتعاقدين، والذي هو شرط في صحة العقد، والله أعلم.

الدليل الثاني:

حكى جماعة من أهل العلم الإجماع على جواز اشتراط الخيار مدة معلومة في عقد البيع.

منهم العيني، وابن الهمام من الحنفية، والنووي وجمع من الشافعية، وابن قدامة من الحنابلة.

قال العيني: «وشرط الخيار جائز بإجماع العلماء والفقهاء»[٣].

وقال ابن الهمام: «شرط الخيار مجمع عليه»[٤].

وجاء في الفواكه الدواني: «والإجماع على جوازه». يعني خيار الشرط[٥].

---

(١) جاء في مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩): «قال في التوضيح: وهو مستثنى من بيع الغرر؛ للتردد في العقد، لا يسمى في جانب من لا خيار له، لأنه لا يدري ما يئول إليه الأمر، لكن أجازه الشارع ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمون، ولينفي الغبن عن نفسه».

(٢) جاء في المجموع (٩/ ٢٢٨): «الأصل لزوم العقد، وإنما جوزنا الشرط؛ لأنه رخصة». وانظر أسنى المطالب (٢/ ٥١)، تحفة المحتاج (٤/ ٣٣٢).

(٣) البناية (٧/ ٧٤).

(٤) فتح القدير (٦/ ٣٠٠).

(٥) الفواكه الدواني (٢/ ٨٣).

وقال النووي: «واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع، وهو كاف»[(١)].

وقال أيضًا: «يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع، إذا كانت مدته معلومة»[(٢)].

وقال ابن قدامة: «الضرب الثاني: خيار الشرط، نحو أن يشترط الخيار في البيع مدة معلومة، فيجوز بالإجماع»[(٣)].

ويناقش:

لا يقوم الإجماع مع ثبوت الخلاف عن ابن شبرمة، والثوري، وابن حزم.

الدليل الثالث:

استدل الحنفية والشافعية بقصة حبان بن منقذ، واشتراط الرسول ﷺ الخيار له.

(ح-٤٢٥) فقد روى الطحاوي من طريق الشافعي، عن سفيان، قال: حدثنا محمد بن إسحاق، عن نافع عن ابن عمر، أن حبان بن منقذ، كان شج في رأسه مأمومة، فثقل لسانه، فكان يخدع في البيع، فجعل له رسول الله ﷺ ما ابتاع من شيء، فهو بالخيار ثلاثًا، وقال له رسول الله ﷺ: **قل لا خلابة**، قال ابن عمر، فسمعته يقول: لا خذابة، لا خذابة[(٤)].

---

(١) المجموع (٩/ ٢٢٦).

(٢) المرجع السابق، كما حكى الإجماع صاحب أسنى المطالب (٢/ ٥٢)، وصاحب تحفة المحتاج (٤/ ٣٤٢).

(٣) الكافي (٢/ ٤٥).

(٤) مشكل الآثار (١٢/ ٣٣٨).

[اضطرب فيه ابن إسحاق، والحديث في الصحيحين وليس فيه ذكر الخيار][(١)].

---

(١) رواه ابن إسحاق، واختلف عليه فيه:

فرواه الشافعي كما في إسناد الباب.

وابن الجارود في المنتقى (٥٦٧) عن محمود بن آدم.

وأبو نعيم الأصبهاني في معرفة الصحابة (٦٣٤٢)، والدارقطني في سننه (٣/ ٥٤) من طريق عبدالجبار بن العلاء.

والحاكم في المستدرك (٢٢٠١) وعنه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٧٣) من طريق ابن أبي عمر: كلهم عن سفيان، عن ابن إسحاق به. وفيه جعل له الرسول ﷺ الخيار ثلاثًا.

ورواه إبراهيم بن سعد كما في مسند أحمد (٢/ ١٢٩)، عن ابن إسحاق، حدثني نافع به، بلفظ: كان رجل من الأنصار لا يزال يغبن في البيوع، وكانت في لسانه لوثة، فشكا إلى رسول الله ﷺ ما يلقى من الغبن، فقال له رسول الله ﷺ: **إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة**، قال: يقول ابن عمر: فوالله لكأني أسمعه يبايع، ويقول: لا خلابة، يلجلج بلسانه.

ولم يذكر في هذا الطريق أنه جعل له الخيار ثلاثة أيام.

كما أن الحديث رواه الشيخان من طريق عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، ولم يذكر فيه أنه جعل له الخيار ثلاثة أيام، ولفظه: أن رجلًا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: **إذا بايعت فقل: لا خلابة**.

رواه البخاري (٢١٧٧)، ومسلم (١٥٣٣).

كما أن الحديث جاء من مسند أنس، وليس فيه ذكر الخيار ثلاثة أيام.

رواه أحمد، قال: حدثنا عبد الوهاب، أخبرنا سعيد، عن قتادة، عن أنس: أن رجلًا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع، وكان في عقدته - يعني عقله - ضعف، فأتى أهله النبي ﷺ، فقالوا: يا نبي الله احجر على فلان؛ فإنه يبتاع، وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ، فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال ﷺ، **إن كنت غير تارك البيع، فقل هاء وهاء، ولا خلابة**.

إسناده حسن، وسبق تخريج هذا الطريق في الكلام على الحجر على الكبير.

هذا في الاختلاف على ابن إسحاق في ذكر اشتراط الخيار ثلاثة أيام.

كما أن فيه اختلافًا آخر على محمد بن إسحاق، في صاحب القصة. =

. . . .

= فرواه سفيان، عن محمد بن إسحاق، واختلف على سفيان فيه:
فرواه الحميدي في مسنده (٦٦٢) عن سفيان، عن ابن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر: أن منقذًا سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة، فخبلت لسانه، فكان إذا بايع يخدع في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: **بايع، وقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار ثلاثًا**. قال ابن عمر: فسمعته يبايع، ويقول: لا خذابة. فجعل القصة لمنقذ والد حبان.
ورواه الشافعي، كما في مشكل الآثار للطحاوي، وقدمت إسناده في المتن.
ومحمود بن آدم كما في المنتقى لابن الجارود (٥٦٧).
وعبد الجبار بن العلاء كما في معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني (٦٣٤٢)، وسنن الدارقطني (٣/ ٥٤).
والحاكم في المستدرك (٢٢٠١) وعنه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٧٣) من طريق ابن أبي عمر، ثلاثتهم عن سفيان، عن ابن إسحاق به. وجعل صاحب القصة هو حبان بن منقذ.
وروى الدارقطني (٣/ ٥٤) ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٧٤) من طريق ابن لهيعة، ثنا حبان بن واسع، عن طلحة بن يزيد بن ركانة، أنه كلم عمر بن الخطاب في البيوع، فقال: ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، أنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك.
وفي هذا الطريق صاحب القصة هو حبان بن منقذ، إلا أن هذا الطريق فيه ابن لهيعة، وهو ضعيف. قال الحافظ في الفتح (٤/ ٣٣٨): «مداره على ابن لهيعة، وهو ضعيف».
وحبان بن منقذ جاء في الجرح والتعديل (٣/ ٢٩٦): «له صحبة، روى عنه ابنه واسع ابن حبان، سمعت أبي يقول ذلك». وانظر تعجيل المنفعة (ص٨٣).
ورواه عبد الأعلى، وعباد بن العوام، عن محمد بن إسحاق، عن محمد بن يحيى بن حبان، فأرسله. وجعل القصة لمنقذ بن عمرو والد حبان.
رواه البخاري في التأريخ الكبير معلقًا (٨/ ١٧)، وابن ماجه (٢٣٥٥) من طريق عبد الأعلى، عن محمد بن إسحاق، عن محمد بن يحيى بن حبان، قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلًا قد أصابته آمة في رأسه، فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، وكان لا يزال يغبن، فأتى النبي ﷺ، فذكر ذلك له، فقال له: إذا أنت بايعت، فقل: لا خلابة. ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها. وهذا مرسل. =

. . . .

= كما رواه ابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٦) حدثنا عباد بن العوام، عن محمد بن إسحاق، عن محمد ابن يحيى بن حبان، قال: إنما جعل الزبير عهدة الرقيق ثلاثة، لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمرو، قال: لا خلابة، إذا بايعت بيعًا فأنت بالخيار ثلاثًا.

وهنا في هذا الطريق ذكر فيه الخيار ثلاثًا، إلا أن ابن إسحاق شيخه هنا هو محمد بن يحيى ابن حبان، كما أن هذا الطريق مرسل، قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٤١٧): «محمد ابن يحيى لم يدرك منقذًا».

وروى البيهقي في السنن (٥/ ٢٧٣) من طريق يونس بن بكير، عن محمد بن إسحاق بالطريقين: طريق نافع عن ابن عمر، وطريق محمد بن يحيى بن حبان.

فقد روى البيهقي (٥/ ٢٧٣) من طريق يونس بن بكير، حدثنا محمد بن إسحاق، حدثني نافع عن ابن عمر، قال: سمعت رجلًا من الأنصار، وكانت بلسانه لوثة، يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: **إذا بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك، وإن سخطت فاردد**، قال ابن عمر: فلكأني الآن أسمعه إذا ابتاع يقول: لا خلابة، يلوث لسانه.

قال ابن إسحاق: فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان، قال: كان جدي منقذ ابن عمرو، وكان رجلًا قد أصيب في رأسه آمة، فكسرت لسانه، ونقصت عقله، وكان يغبن في البيوع، وكان لا يدع التجارة، فشكا ذلك إلى النبي ﷺ، وذكر الحديث.

وفي هذا الحديث جعل النبي ﷺ له الخيار مطلقًا في كل سلعة يبتاعها، سواء غبن أو لم يغبن.

قال النووي في شرح صحيح مسلم (١٠/ ١٧٧): «وقد جاء في رواية ليست بثابتة أن النبي ﷺ جعل له مع هذا القول الخيار ثلاثة أيام في كل سلعة يبتاعها».

لذا أستطيع أن أقول أن طريق محمد بن إسحاق فيه اضطراب:

فتارة يجعله الحديث موصولًا، وتارة مرسلًا.

وتارة يذكر في متن الحديث اشتراط الخيار ثلاثة أيام، وتارة لا يذكر الخيار.

وتارة يجعل القصة لحبان بن منقذ، وتارة يجعلها لوالده.

وتارة يجعل له الخيار مطلقًا في كل سلعة يبتاعها سواء غبن أو لم يغبن، وتارة يجعل له الخيار إن تعرض لخلابة.

مما يجعل طريق ابن إسحاق لا يثبت عندي، ولم يرد ذكر الخيار ثلاثة أيام في غير طريق محمد ابن إسحاق إلا ما كان من طريق ابن لهيعة. =

. . . .

= والمحفوظ في الحديث رواية الصحيحين من مسند ابن عمر، وفي السنن ومسند أحمد من مسند أنس ليس فيها ذكر الخيار ثلاثة أيام.
قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٥٢): «هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق. . .».
قلت: إعلاله باضطراب ابن إسحاق فيه أولى عندي من رده بالعنعنة لأنه قد صرح بالتحديث في بعض طرقه.
وقد رجح عبد الحق وابن عبد البر أن القصة لمنقذ بن عمرو.
وصرح الشافعي بأنها لحبان بن منقذ، وبه جزم بن الطلاع في الأحكام.
قال الشافعي: الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدًا، لكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاث في البيع، وروي عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال ﷺ. اهـ معرفة السنن والآثار للبيهقي (٤/ ٢٨٣).
وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٦٦): «الأشهر أنه منقذ بن عمرو، والد حبان، وكذا ذكره البخاري في تاريخه مقتصرًا عليه، وابن ماجه والبيهقي والدارقطني في سننهم».
وقال النووي في شرح صحيح مسلم (١٠/ ١٧٧): «هذا الرجل هو حبان بفتح الحاء، وبالباء الموحدة، بن منقذ بن عمرو الأنصاري، والد يحيى وواسع ابني حبان، شهد أحدًا، وقيل: بل هو والده منقذ بن عمرو، وكان قد بلغ مائة وثلاثين سنة. . .».
وهذا الكلام من النووي فيه ترجيح بأن الرجل هو حبان، لأنه حكاه جازما به، وأما منقذ فقد حكاه بصيغة التمريض، وهو خلاف ما نسبه الحافظ ابن حجر للنووي في تلخيص الحبير، والله أعلم. وهكذا فعل السيوطي في الديباج على صحيح مسلم (٤/ ١٤٨).
وقال ابن الهمام في فتح القدير (٦/ ٣٠٠): «ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح؛ لأن هذا منقطع، وذلك موصول».
وتردد الخطيب في المبهمات، وابن الجوزي في التنقيح.
قال ابن عبد الهادي في التنقيح (٣/ ٢٩): «قال أبو بكر الخطيب: هذا الرجل هو حبان ابن منقذ بن عمرو، أو والده منقذ» ولم يرجح ابن عبد الهادي.
وانظر تلخيص الحبير (٣/ ٢١)، الاستذكار (٢١/ ٩٨)
وجاء في تاريخ ابن معين رواية الدوري (٢٥٦)، قال: سألت يحيى عن حديث يرويه =

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أجاز لحبان بن منقذ أن يشترط الخيار في بيعه دفعًا للضرر عنه، وهذا دليل على جواز اشتراط الخيار في البيع.

والاستدلال بهذا اللفظ رغم ضعفه أصح من الاستدلال بلفظ الصحيحين، لعدم دلالته على المطلوب.

قال ابن الهمام: «أما ما روي في الموطأ والصحيح عن ابن عمر أن رجلًا ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: إذا بايعت فقل: لا خلابة، والخلابة الخديعة، فليس فيه دليل على المقصود، والعجب ممن قال: الأصل في جواز شرط الخيار، ثم ذكر هذا الحديث، وهو لا يمس المطلوب»(١).

قلت: كونه لا يمس المطلوب، لأن شرط الخيار إنما يكون برضا المتعاقدين، بينما هذا يثبت لقائله بمجرد أن يقول: لا خلابة، سواء رضي الطرف الآخر أو لم يرض، ولأن الحديث في الصحيحين لم يذكر مدة معلومة

= سفيان ابن عيينة، عن محمد بن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، قال: سمعت منقذًا يقول: لا خذابة، يعني: خلابة، فقلت له: من منقذ هذا؟ قال: لا أعرفه.

وقد عرفه ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٨/ ٣٦٦)، وعرفه البخاري في التاريخ الكبير (٨/ ١٧)، والله أعلم.

ولا يعل الحديث الاختلاف في صاحب القصة ما دامت تدور على صحابي، فسواء كان حبان ابن منقذ أو والده، فكلاهما من صحابة رسول الله ﷺ، وهم عدول، لكن ما يؤثر في صحة الحديث الاختلاف في وصله وإرساله، والاختلاف في ذكر اشتراط الخيار مدة ثلاثة أيام، وهل قول: لا خلابة يجعل صاحبه بالخيار مطلقًا كما ورد في بعض طرقه، أو بالخيار إن تعرض لغبن أو خديعة، لأن القصة تدور على رجل يغبن في البيوع، فطلب منه النبي ﷺ أن يشترط لا خلابة، ومعنى ذلك أن الشرط مؤثر في حال وجود الخلابة في العقد، أما في حال انتفاء الخلابة فكيف يجعل له الخيار.

(١) فتح القدير (٦/ ٣٠٠).

للخيار، فلو كان من قبيل خيار الشرط اشترط أن ينص على ذكر الأجل في الخيار؛ لأن الجهالة في المدة تبطل الشرط، بل قد تبطل العقد، وهذا دليل على أن الخيار فيه من قبيل خيار كتمان العيب، أو من قبيل الخديعة والتغرير، والذي لا يتوقف الحق فيه على أجل معين، والله أعلم.

قال الباجي في المنتقى: «الخلابة أن يكتمه عيبًا فيها، ويقول: إنها تساوي أكثر من قيمتها، وأنه قد أعطي فيها الأكثر مما أعطى بها»[1].

وقد رأى بعض الفقهاء أن حديث حبان بن منقذ خاص به، لا يتعداه إلى غيره، وقد ذهب إلى هذا جمع من العلماء منهم الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة[2] والإمام البيهقي[3] وغيرهما.

ولعل الحامل على هذا والله أعلم ما كان يعاني منه حبان بن منقذ الذي ورد الحديث في شأنه من ضعف في عقله، إلا أن القول بالخصوصية فيه نظر، ذلك أن الخصوصية لا تثبت بمجرد الاحتمال، بل لابد من التنصيص عليها.

وهذا الجواب يقال لو كان الحديث ثابتًا، وإذ لم يكن ثابتًا لم يكن هناك مجال في الاحتجاج به، والله أعلم.

الدليل الرابع:

احتج المالكية على جواز اشتراط الخيار:

(ح-٤٢٦) بما رواه البخاري ومسلم من طريق مالك، عن نافع عن

---

(١) المنتقى (٥/ ١٠٨).

(٢) الموطأ برواية محمد بن الحسن (ص٢٧٩).

(٣) سنن البيهقي (٥/ ٣٢٤).

ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: **المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار**(١).

وجه الاستدلال:

قال الباجي في المنتقى: «قوله ﷺ: (... **إلا بيع الخيار**) يقتضي والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه، إلا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة، يثبت مثلها في المبيع، ولا يقدر الخيار بمدة، فيقضي فيها بالواجب، فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله: إنهما بالخيار ما لم يفترقا، فإنه لا خيار بينهما بعد التفرق إلا في بيع الخيار، فكأنه قال: حكم البيع اللزوم بمجرد العقد إلا البيع الذي يشترط فيه الخيار، فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط»(٢).

ويناقش:

بأنه قد تقدم الخلاف في تفسير قوله ﷺ: (**إلا بيع الخيار**) وأن في المسألة ثلاثة أقوال، وبينا أن الراجح في معنى قوله ﷺ: (**إلا بيع الخيار**) أنه استثناء من امتداد الخيار إلى التفرق، فيكون التقدير: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا البيع الذي جرى فيه التخاير.

ونسبه ابن حجر إلى جمهور العلماء، وقال: جزم الشافعي به(٣).

وقال النووي في شرحه لصحيح مسلم: «وأما قوله ﷺ: (**إلا بيع الخيار**) فيه ثلاثة أقوال... أصحها: أن المراد التخيير بعد تمام العقد، قبل مفارقة

---

(١) صحيح البخاري (٢١١١)، ومسلم (١٥٣١).
(٢) المنتقى (٥/ ٥٥).
(٣) انظر فتح الباري (٤/ ٣٣٣).

المجلس، وتقديره: يثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا في المجلس، ويختارا إمضاء البيع، فيلزم البيع بنفس التخاير، ولا يدوم إلى المفارقة»[١].

(ح-٤٢٧) ويؤيد ذلك ما رواه مسلم والنسائي أيضًا من طريق ابن جريج، قال: أملى علي نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **إذا تبايع البيعان فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يفترقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإن كان عن خيار فقد وجب البيع**[٢].

فلو كان المراد به خيار الشرط، لم يصح أن يقول: فقد وجب البيع.

ويؤيده أيضًا ما رواه البخاري من طريق أيوب، عن نافع به، بلفظ:

البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار[٣].

وجه الاستدلال:

قوله: «أو يقول لصاحبه: اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار».

فهاتان الجملتان تفسر إحداهما الأخرى، فقوله: (أو يقول لصاحبه: اختر) هو بمثابة (أو يكون بيع خيار) ولذلك لم يرد قوله (إلا أن يكون بيع خيار) مع قوله: (أو يقول لصاحبه: اختر) مما يدل أنهما لفظان بمعنى واحد، فربما قال الراوي هذا، وربما استبدله بهذا اللفظ، وعليه فقوله: (إلا أن يكون بيع خيار) بمنزلة: أن يقول لصاحبه بعد إتمام البيع: اختر نفاذ البيع، أو فسخه، فإن اختار إمضاء البيع لزم البيع بينهما، وإن لم يتفرقا.

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٧٤)، وانظر التمهيد (١٤/ ٢٣)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٧٦).

(٢) مسلم (١٥٣١)، وسنن النسائي المجتبى (٤٤٦٨)، وفي الكبرى (٦٠٦٠).

(٣) صحيح البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١).

❑ دليل من قال: يصح الخيار للمشتري، ولا يصح للبائع.

صاحب هذا القول رأى أن الأصل في العقود اللزوم، وأن شرط الخيار إنما ثبت في حق المشتري فقط، كما في حديث حبان بن منقذ المتقدم، فيقتصر عليه، ولا يجوز اشتراطه للبائع[١].

ويناقش:

أولًا: لا نسلم أن خيار الشرط ما ثبت إلا في حديث حبان بن منقذ، بل ثبت وفقًا للأصل الشرعي أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، وقد تضافرت الأدلة على صحة هذا الأصل، ومنها حكاية الإجماع من جمع من أهل العلم.

ثانيًا: على التسليم بأن خيار الشرط لم يثبت إلا في حديث حبان بن منقذ، فقد أجاب ابن الهمام عن الاستدلال به، بأنه ﷺ قال له: **(إذا بايعت)** وهذا يصدق بكونه بائعًا ومشتريًا[٢].

ولأن ما يثبت لأحد المتعاقدين يثبت للآخر، لكونه أحد طرفي العقد، أو للقياس عليه.

ولأن خيار الشرط إنما جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالتروي، والعاقدان في ذلك سواء، البائع والمشتري.

❑ دليل ابن حزم على أنه لا يجوز اشتراط الخيار في العقد:

الدليل الأول:

كل الأدلة التي ساقها ابن حزم في الاستدلال على أن الأصل في الشروط

(١) انظر فتح القدير (٦/ ٣٠٢).

(٢) انظر المرجع السابق.

التحريم والبطلان إلا ما دل الدليل على صحته من كتاب أو سنة أو إجماع، يستدل به هنا على بطلان خيار الشرط.

والجواب عن تلك الأدلة هناك هو الجواب عن استدلاله بها في هذا الموضع، مما يغني عن تكرار ذكرها.

الدليل الثاني:

قال ابن حزم في معرض رده على جواز اشتراط الخيار: «نسألهم عن بيع الخيار، هل زال ملك بائعه عنه، وملكه المشتري له، أم لا، إذا اشترط الخيار للبائع أو لهما؟

فإن قالوا: لا، فهو قولنا، وصح أنه لا بيع هنالك أصلًا؛ لأن البيع نقل ملك البائع، وإيقاع ملك المشتري.

وإن قالوا: نعم، قلنا: فالخيار لا معنى له، ولا يصح في شيء قد صح ملكه عليه - وأقوالهم تدل على خلاف هذا.

فإن قالوا: قد باع البائع ولم يشتر المشتري بعد؟

قلنا: هذا تخليط وباطل، لا خفاء به؛ لأنه لا يكون بيع إلا وهنالك بائع ومبتاع وانتقال ملك.

وهكذا إن كان الخيار للبائع فقط، فمن المحال أن ينعقد بيع على المشتري ولم ينعقد ذلك البيع على البائع.

فإن كان الخيار لهما أو لأجنبي، فهذا بيع لم ينعقد لا على البائع، ولا على المبتاع، فهو باطل»[١].

---

(١) المحلى (٧/ ٢٧١).

ويجاب عن ذلك:

بأن البيع ينقل الملك، ولكن البيع مدة الخيار يكون جائزًا، وليس لازمًا، وهذا لا تعارض بينه وبين ثبوت الخيار، فإن خيار العيب، يجعل المشتري له حق الرد، وهو لا ينافي انتقال الملك، وابن حزم يرى خيار المجلس، ويقول به، ومع هذا لا ينافي ذلك ثبوت البيع، وانتقال الملك؛ إلا أنه انتقال غير لازم، فيملك الفسخ مدة الخيار، والله أعلم.

❑ الراجح:

بعد استعراض أدلة الأقوال أرى أن القول الراجح هو القول بجواز اشتراط الخيار في عقد البيع، وأن الأخذ به يتمشى مع القواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية، من تحقيق العدل والتراضي بين المتعاقدين، وتجنب الغلط، والبعد عن الغبن، والإحاطة في المبيع بتجريبه، والتروي وتقليب النظر في صالح الأمرين من الإمضاء أو الفسخ، والله أعلم.



المبحث الثالث
في اشتراط الخيار لأجنبي

[م-٤٩١] الأصل في خيار الشرط أنه راجع إلى إرادة العاقدين، والمراد بالعاقدين هنا ما هو أعم من المالكين فيشمل المالكين والوكيلين والوصيين وغيرهما ممن له الحق في إبرام العقد، وإذا عرفنا أن الخيار يثبت للعاقدين، فقد يكون اشتراط الخيار للعاقدين كليهما، وقد يشترط لأحدهما دون الآخر وهذا كله لا خلاف فيه بين الفقهاء القائلين بخيار الشرط.

قال النووي: «يجوز شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما بالإجماع»[(١)].

والسؤال، ما ذا لو شرط العاقدان أو أحدهما الخيار لأجنبي من العقد ممن ليس له أي علاقة بالعقد، فهل يصح جعل الخيار لأجنبي؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، وهذا ما عليه الأئمة الأربعة[(٢)].

القول الثاني:

لا يجوز جعل الخيار لأجنبي، اختاره زفر من الحنفية[(٣)]، وهو قول في

---

(١) المجموع (٩/ ٢٣٣).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)، الهداية (٣/ ٣٠)، المبسوط (١٣/ ٤٧)، المنتقى للباجي (٥/ ٦٠)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٣)، الشرح الكبير للدردير (٢/ ٩٨). مغني المحتاج (٢/ ٤٦)، منتهى الإرادات (١/ ٣٥٨).
(٣) المبسوط (١٣/ ٤٧).

مذهب الشافعية[١].

القول الثالث:

البيع صحيح، والشرط باطل، حكاه الماوردي عن ابن سريج[٢].

❑ دليل الجمهور على الجواز:

الدليل الأول:

أن اشتراط الخيار للأجنبي فيه معنى اشتراط الخيار للعاقدين نفسيهما؛ لأن المشترط يجعل غيره نائبًا عنه في التصرف بحكم الخيار، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له.

الدليل الثاني:

أن خيار الشرط إنما شرع من أجل الحاجة إلى دفع الغبن، وقد يشتري الإنسان شيئًا وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى اشتراطه لمن يكون مهتديًا من صديق أو قريب حتى ينظر له، فللحاجة إليه صار كاشتراط الخيار للعاقدين[٣].

❑ دليل من قال: لا يجوز الخيار لأجنبي:

الدليل الأول:

أن اشتراط الخيار للعاقد مع أن القياس يأباه إنما ثبت بالنص، فيبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس، وهو المنع[٤].

---

(١) المجموع (٩/ ٢٣٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) الهداية ٣/ ٣٠، شرح فتح القدير(٦/ ٣٢٠، ٣٢١)

(٤) انظر بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤).

ويناقش:

أن الحكم بجواز اشتراط الخيار معلول بالحاجة إلى النظر والتأمل، وهذا كما يكون للعاقد، قد يكون لرجل أجنبي بحيث يساعد العاقد على التأمل والنظر كما لو كان العاقد ليس من أهل الخبرة والنظر، فتتحقق الحكمة من اشتراط الخيار، والله أعلم.

الدليل الثاني:

أن الخيار من حقوق العقد وأحكامه، وحقوق العقد تثبت للعاقد، فاشتراطه لغير العاقد خلاف مقتضى العقد، فيكون مفسدًا للعقد، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقدين كما لا يجوز اشتراط الثمن على غير المشتري[١].

ويناقش:

إذا كان الخيار من حقوق العاقد فإن الحقوق تقبل الانتقال، فكما يجوز له التنازل عن حقه، يجوز له نقله إلى غيره كسائر الحقوق التي تقبل الانتقال.

أما القياس على الثمن فغير مسلم، وذلك أن الثمن من موجبات العقد باعتباره من مقاصد العقد ومقوماته بخلاف الخيار الذي هو أمر زائد على العقد أوجبه الشارع بإيجاب العاقد له على نفسه أو غيره لمصلحة العاقدين، والدليل على ذلك أنه إذا لم يشترط العاقدان أو أحدهما الخيار لا يؤثر ذلك في العقد، ولا يفسده أو يبطله؛ وإنما يؤثر فيه برفع اللزوم إلى وقت معلوم، فقياس الخيار على الثمن قياس مع الفارق.

---

(١) انظر المبسوط (١٣/ ٤٧)، الهداية (٣/ ٣٠).

الدليل الثالث:

أن في اشتراط الخيار لأجنبي تعليقًا لفسخ البيع بفعل الغير، والعقود لا تحتمل التعليق.

ويناقش:

أولًا: القول بأن العقود لا تقبل التعليق قول غير مسلم به، وقد ناقشنا تعليق العقود في مسألة مستقلة، وبينا أن العقود تحتمل التعليق، وقد اختار كثير من الفقهاء جواز البيع إذا قال العاقد: اشتريته إن رضي زيد أو رضي أبي.

ثانيًا: على فرض التسليم بأن العقود لا تحتمل التعليق، فإن الخيار ليس تعليقًا لذات البيع، بل هو تعليق للفسخ، والفسخ يقبل التعليق، وتعليق الفسخ غير تعليق العقد.

الدليل الرابع:

اعتبار خيار الشرط بخيار العيب والرؤية، فإذا كان خيار العيب والرؤية لا يجوز شرطهما لغير العاقدين فكذا خيار الشرط(١).

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين خيار العيب والرؤية وبين خيار الشرط، فإن الخيار في العيب والرؤية لم يثبت بإرادة المتعاقدين، وإنما وجدا حين وجد المقتضي لذلك، كوجود العيب في السلعة، وبيع الغائب بلا صفة ولا رؤية، أما خيار الشرط فلا يثبت إلا بالرضا والاشتراط من العاقدين أو من أحدهما، ولا يثبت بغير اشتراط فافترقا.

---

(١) الهداية (٣/ ٣٠) شرح فتح القدير(٦/ ٣٢٠، ٣٢١)

❑ دليل من قال: البيع صحيح والشرط باطل:

يمكن أن يستدل له: بأن العقد قد تمت أركانه، وتوفرت شروطه، واشتراط الخيار هو أمر زائد على موجبات العقد، فإذا تطرق إليه الخلل لم يتطرق إلى العقد، والله أعلم

❑ الترجيح:

القول الراجح هو قول عامة الفقهاء: وهو أن الخيار كما يكون حقًّا للشخص يمكن أن يجعله صاحبه لنفسه، ويمكن أن يجعله لشخص آخر يراه أهلًا ومحلًّا لثقته وخبرته، كما لو اختار رجلًا أجنبيًا، وهذه المسألة لا تبعد عن مسألة سابقة: أن يشتري الرجل البضاعة بشرط أن يرضى فلان.





المبحث الرابع
حكم الخيار إذا كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد

[م-٤٩٢] إذا كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، كالخضار والفواكه، فهل يصح اشتراط الخيار، والمبيع كذلك؟

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: مذهب الحنفية:

نص الحنفية على هذه المسألة بأن الرجل إذا اشترى شيئًا مما يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام: فالقياس عندهم: أنه لا يجبر المشتري على شيء.

والاستحسان: أن يقال للمشتري: إما أن تفسخ البيع، وإما أن تأخذ المبيع، ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع، أو يفسد عندك. يعني: فإن فسد عنده لزمه الثمن[١].

فالحنفية يقيدون مدة الخيار بثلاثة أيام، فإذا كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، واشترط المتعاقدان الخيار برضاهما، فإنهما يتحملان مسئولية ذلك، فإن فسد البيع مدة الخيار، وهو عند المشتري لزمه الثمن، ومعلوم أنه لو فسد المبيع، وهو عند البائع كان فساده من ماله، وليس من مال المشتري.

القول الثاني: مذهب المالكية:

أرجع المالكية القول فيه إلى عمل الناس، وقيدوا ذلك بأن يكون في مدة لا يقع فيها تغيير ولا فساد.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٨)، فتح القدير (٦/ ٣٠١).

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت لو أن رجلًا اشترى بطيخًا، أو قثاء، أو فاكهة رطبة: تفاحًا، أو خوخًا، أو رمانًا على أنه بالخيار في ذلك يومًا، أو يومين، أيكون له هذا الخيار الذي شرط في ذلك؟

قال: لم أسمع من مالك في هذا شيئًا، وأرى أن ينظر في هذا إلى ما يصنع الناس، فإن كانوا يستشيرون في ذلك، ويرون هذه الأشياء غيرهم، ويحتاجون فيه إلى رأي غيرهم، رأيت لهم من الخيار قدر حاجتهم إلى ذلك، على ما وصفت لك من الخيار في غيرها من الأشياء، مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد»(١).

القول الثالث: مذهب الشافعية:

لا يصح اشتراط الخيار فيما يتسارع إليه الفساد في أصح الوجهين في مذهب الشافعية(٢).

قال النووي: «لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام، فوجهان، حكاهما صاحب البيان(٣):

أصحهما: يبطل البيع.

والثاني: يصح، ويباع عند الإشراف على الفساد، ويقام ثمنه مقامه، وهذا غلط ظاهر»(٤).

---

(١) المدونة (٤/ ١٧١)، وانظر مواهب الجليل (٤/ ٤١١)، حاشية العدوي (٢/ ١٥٦)، منح الجليل (٥/ ١١٧).

(٢) الأشباه والنظائر (ص١٨٤)، المنثور في القواعد (٣/ ٢٤٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٤٤).

(٣) نص صاحب البيان (٥/ ٣١): «وإن اشترى شيئًا يسرع إليه الفساد قبل انقضاء الثلاث، كالهريسة، وما أشبهها، وشرط فيه خيار ثلاثة أيام فسمعت الفقيه زيد بن عبد الله اليافعي رحمه الله يقول: يحتمل وجهين: أحدهما يبطل البيع. والثاني: يصح البيع، وإذا خيف عليهما الفساد قبل انقضاء الخيار بيعت، وجعل ثمنها قائمًا مقامها».

(٤) المجموع (٩/ ٢٢٧).

وقال المرداوي الحنبلي: لو قيل بعدم الصحة لكان متجهًا، وهو أولى[١].

وقال الزركشي: «قال أبو العباس: ويتوجه عدم الصحة من وجه في الإجارة، أي من وجه عدم صحة اشتراط الخيار في إجارة تلي العقد، ومن أن تلف المبيع يبطل الخيار»[٢].

وقد فرق الشافعية بين خيار المجلس، وبين خيار الشرط، فقالوا بثبوت خيار المجلس فيما يتسارع إليه الفساد، وامتداده ما دام في المجلس، وإن لزم تلف المبيع بخلاف خيار الشرط.

❑ وجه الفرق:

أن خيار المجلس يثبت قهرًا من الشارع، فهو خيار حكمي، بخلاف خيار الشرط، فهو لا يثبت إلا بإرادة المتعاقدين ورضاهما[٣].

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

يصح، ويباع عند الإشراف على الفساد، ويقام ثمنه مقامه، وهذا هو مذهب الحنابلة[٤]، ووجه مرجوح عند الشافعية[٥].

قال الزركشي: «وهذا قياس ما قالوه في الرهن، إذا كان لا يبقى إلى المدة»[٦].

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٧٣).

(٢) شرح الزركشي (٣/ ٤٠٣).

(٣) انظر حواشي الشرواني (٤/ ٣٤٤).

(٤) الإنصاف (٤/ ٣٧٣)، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٦٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧).

(٥) سبقت الإشارة إليه عند نقل كلام النووي، وكلام العمراني صاحب البيان.

(٦) شرح الزركشي (٣/ ٤٠٣).

❑ الراجح:

أجد أن مذهب المالكية هو أعدل الأقوال، حيث اشترط أن تكون حاجة الناس قائمة إلى المشاورة في مثل هذا البيع، وأن يكون العمل جاريًا عندهم في ذلك، وأن يكون الخيار في مدة قبل تغير المبيع وفساده، فإذا كان يتغير خلال ثلاثة أيام، فليكن الخيار في يوم واحد، أو يومين، والله أعلم.



المبحث الخامس
في مدة خيار الشرط

[م-٤٩٣] اتفق عامة الفقهاء القائلين بجواز اشتراط الخيار في عقد البيع بأن المدة لابد أن تكون معلومة(١)، واختلفوا في مقدارها على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الحد الأقصى الذي يجوز اشتراطه هو ثلاثة أيام فأقل، وهذا مذهب الحنفية(٢)، والشافعية(٣).

القول الثاني:

ليس له قدر محدود في نفسه، وإنما يتقدر بقدر الحاجة، ولا يجوز الزيادة على قدر الحاجة، وهي تختلف باختلاف المبيع، والغرض من الخيار.

فهو في الدار الشهر ونحوه، وفي الرقيق: الخمسة أيام والجمعة، وما أشبه ذلك.

وفي الدابة: اليوم وما أشبهه، ولا بأس أن يشترط السير عليها البريد والبريدين ما لم يتباعد ذلك.

والفرق بينها وبين الرقيق: أنها لا تميز، فتكتم أخلاقها وأحوالها.

---

(١) ذكر ابن مفلح في الفروع عن الإمام أحمد أنه يجوز شرط الخيار مطلقًا، وتبقى إلى قطعها، انظر الفروع (٤/ ٨٣).

(٢) تبيين الحقائق (٤/ ١٤)، المبسوط (١٣/ ٣٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩١)، فتح القدير (٦/ ٢٩٨، ٢٩٩).

(٣) المجموع (٩/ ٢٢٣، ٢٢٤)، المنثور في القواعد (١/ ٣٨٥)، أسنى المطالب (٢/ ٥٠).

وفي الثوب: اليومان والثلاثة.

كما أن المدة تختلف باختلاف الغرض من الخيار: فهناك فرق بين شرط الخيار لاختبار السلعة، وبين شرط الخيار لغرض المشورة، أو للتعرف على حقيقة الثمن غلاء ورخصًا.

ولو شرط في الخيار مدة زائدة عن قدر الحاجة بكثير فسد العقد[١].

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٥٦)، إدرار الشروق على أنواء الفروق (٣/ ٢٨٢)، التاج والإكليل (٦/ ٣٠٢، ٣٠٣)، مواهب الجليل (٤/ ٤١١، ٤١٢)، الخرشي (٥/ ١٠٩، ١١٠)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٤)، القوانين الفقهية (ص١٨٠).
وخلاصة المذهب المالكي أنهم يذهبون إلى تحديد المدة، فليست إرادة المتعاقدين مطلقة في تحديد المدة، ولكن بشيء من المرونة، فهم يختلفون عن الحنفية والشافعية الذين يجعلون الحد واحدًا في كل السلع، وعلى اختلاف الأغراض، فهم يقولون بالتحديد، ولكن ليس للسلع حد واحد، بل ذلك يحد بقدر الحاجة، وهو يختلف من سلعة إلى أخرى.
ويفسد العقد باشتراط مشاورة بعيدة، أو مدة زائدة عن قدر الحاجة.
هذا ملخص مذهب المالكية، فهو قول وسط بين مذهب الحنفية والشافعية الذين يجعلون الأجل فيه ثلاثة أيام كحد أعلى في كل السلع، وبين مذهب الحنابلة الذين يطلقون الحرية للمتعاقدين في تحديد مدة الخيار.
يقول الحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٤١٢): «ما ذكره المصنف من تحديد مدة الخيار وما بعدها هو المعروف وقال في اللباب: ومدته غير محدودة على المشهور حكاه عياض، وفي المدونة: هي ما في الدار شهر يريد في سائر الرباع، وفي الرقيق الخمسة الأيام والجمعة وشبه ذلك والدابة تركب اليوم ونحوه، ولا بأس إذا كان الخيار للاختبار، وإن كان للمشورة، فيكون الأمد مقدار ما يشاور فيه انتهى. وكلام القاضي عياض في التنبيهات لأنه لا يقتضي ما ذكره عنه، ونصه: وليس لأمده عندنا حد وقدر لا بد منه إلا بحكم السلعة التي تحتاج الخيار من تقص يجب عليها، وسؤال، واستشارة، واختبار، ولكل سلعة في الاختبار حالة بخلاف غيرها، عليه جرى تقدير أئمتنا ومشايخنا في أمد الخيار لعدم المشورة والرأي فيستوي أمد الخيار في ذلك بقرب ذلك، وتساوي السلع فيه، ولعل قوله =

القول الثالث:

لا تحديد لمدة الخيار، فتصح المدة وإن طالت ما دامت معلومة، وهذا مذهب الحنابلة[١]، واختيار أبي يوسف ومحمد من الحنفية[٢].

❑ **دليل من قال: لا يجوز اشتراط أكثر من ثلاثة أيام:**

الدليل الأول:

(ح-٤٢٨) روى الطحاوي من طريق الشافعي، عن سفيان، قال: حدثنا محمد بن إسحاق، عن نافع عن ابن عمر، أن حبان بن منقذ، كان شج في رأسه مأمومة، فثقل لسانه، فكان يخدع في البيع، فجعل له رسول الله ﷺ ما ابتاع من شيء، فهو بالخيار ثلاثًا، وقال له رسول الله ﷺ: **قل لا خلابة**، قال ابن عمر، فسمعته يقول: لا خذابة، لا خذابة[٣].

وجه الاستدلال:

مقتضى عقد البيع: هو اللزوم، وشرط الخيار مخالف لهذا، وإنما جوزنا شرط الخيار وإن كان بخلاف القياس بما رويناه من النص، فيقتصر على مورد النص، ويبقى ما زاد عليها على أصل القياس.

= في اللباب: ومدته غير محدودة معناه: أنه ليس لها حد واحد كما يقول الشافعي وأبو حنيفة: إنه ثلاثة أيام في جميع الأشياء والله أعلم ويؤيده قول ابن بشير ومذهبنا أنه ليس محدودًا بزمن مؤقت بل يختلف باختلاف المبيع فيطول إن احتيج إلى الطول ويقصر إذا أغنى في ذلك القصر».

(١) قال ابن مفلح في الفروع (٤/ ٨٣): «ويصح شرط الخيار في العقد مدة معلومة، وعنه: ومطلقًا، فتبقى إلى قطعها».

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥١)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (٣/ ٣٦٢).

(٣) مشكل الآثار (١٢/ ٣٣٨).

ويناقش:

أولًا: أن ذكر اشتراط الخيار لم يثبت في الحديث، فقد انفرد به ابن إسحاق، وقد اضطرب فيه، والحديث في الصحيحين من مسند ابن عمر، وفي السنن من مسند أنس وليس فيه أنه بالخيار ثلاثًا[١].

ثانيًا: لو صح الحديث لكان التقدير بالثلاث خرج مخرج الغالب؛ لأن النظر يحصل فيها غالبًا، وهذا لا يمنع من الزيادة عليها عند الحاجة، كما قدرت حجارة الاستنجاء بثلاثة، ثم لو دعت الحاجة إلى الزيادة وجب[٢].

الدليل الثاني:

استدل الحنفية بحديث التصرية على جواز اشتراط الخيار في البيع[٣].

(ح-٤٢٩) وحديث التصرية رواه مسلم من طريق قرة، عن محمد، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: **من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعًا من طعام، لا سمراء.**

ورواه مسلم من طريق يعقوب يعني: ابن عبد الرحمن القارئ، عن سهيل، عن أبيه عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر**[٤].

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ح٤٢٥).

(٢) تنقيح التحقيق (٢/ ٥١٣).

(٣) قال في المبسوط (١٣/ ٣٨): «باب الخيار في البيع، قال ﷺ: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: **من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين ثلاثة أيام**، وفي رواية: بخير النظرين، ففيه دليل على جواز اشتراط الخيار في البيع...».

(٤) صحيح مسلم (١٥٢٤).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ جعل خيار التصرية له أجلًا لا يزيد عن ثلاثة أيام، فكذلك خيار الشرط.

ويناقش:

أولًا: الحنفية لا يأخذون بالحديث، فهم لا يرون التصرية عيبًا ترد به الشاة، كما بيناه فيما سبق، ويرون أن رد الصاع من التمر بدلًا من الحليب على خلاف القياس عندهم، فهم لا يأخذون بالحديث، ولا يصححونه، فكيف يحتجون به في توقيت الخيار بثلاثة أيام، فهذا من عجيب الاستدلال[1].

ثانيًا: أن الخيار في التصرية هو من قبيل خيار العيب، وهو يختلف عن خيار الشرط، فخيار الشرط: هو خيار ينعقد بإرادة المتعاقدين واتفاقهما، وإرادتهما مطلقة في المدة التي يختارونها، بينما هذا: خيار يثبت لصاحبه الذي تعرض للغش والخداع والتدليس، فكيف يحتج به في غير بابه.

وبمعنى آخر: أن خيار التصرية ثابت بالشرع، وخيار الشرط لا يثبت إلا بالاشتراط.

ثالثًا: أن توقيت الخيار في ثلاثة أيام في خيار التصرية: هو خاص في التصرية خاصة، وذلك أن عيب التصرية غالبًا لا يعلم فيما دون ذلك، بينما غيره من السلع قد يتطلب الأمر أكثر من ثلاثة أيام لمعرفة عيوب السلعة، وهذا ظاهر.

---

(١) استدل بحديث التصرية السرخسي في المبسوط (١٣/ ٣٨)، ويرى الحنفية أن المشتري إذا اشترى شاة مصراة، واشترط له الخيار ثلاثة أيام نفعه الشرط، وإن لم يشترط فليس له ذلك، لأن التصرية ليست عيبًا عندهم يوجب الرد، وهذا الرأي خلاف حديث أبي هريرة المتفق عليه.

رابعًا: الخيار الثابت بحديث التصرية إنما هو للمشتري فقط دون البائع سواء رضي بذلك أم لم يرض بخلاف خيار الشرط فإن ذلك قد يكون للبائع، وقد يكون للمشتري، وقد يكون لكلا المتعاقدين.

❑ دليل من قال: يختلف ذلك باختلاف السلع:

لما كان اشتراط الخيار مستثنى من بيع الغرر؛ للتردد في العقد، لأنه لا يدري ما يؤول إليه الأمر، لكن أجازه الشارع رفقًا بالمتبايعين للنظر، والرأي، والاختبار، وليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمن، ولينفي الغبن عن نفسه، فإنه يجب أن يكون الأجل بقدر الحاجة، تقليلًا للغرر، وإذا كان الأجل بقدر الحاجة فإن ذلك يختلف باختلاف السلع، والغرض من الخيار، فمن اشترط الخيار للمشورة لا يحتاج من الأجل كما يحتاج من اشترط الخيار لأجل تجربة المبيع، والوقوف على حقيقته.

ويناقش:

أولًا: لا نسلم أن اشتراط الخيار مستثنى من بيع الغرر، لأن الخيار غاية ما فيه أنه يحول العقد من كونه لازمًا إلى كونه جائزًا، ومثل هذا لا يعتبر من الغرر، لأن العاقد قد دخل على بصيرة، وأجل الخيار معلوم لدى المتعاقدين ولو كان طويلًا، فانتفت الجهالة وانتفى الغرر.

ثانيًا: أن تقدير المدة واختلافها من سلعة إلى سلعة، ومن غرض إلى آخر بحيث لو زادت المدة على هذا التقدير فسد العقد هذا الأمر يعسر ضبطه، وقد يختلف الناس في تقديره، فإن كان تقدير ذلك للفقهاء فهم قد لا يكونون من أهل المعرفة لبعدهم عن التجارة، وإن كان مرد ذلك إلى التجار أدى ذلك إلى الاختلاف والتنازع في ضبط مثل ذلك لاختلاف عرف التجار، واتساع رقعة

البلاد، فالتقدير لا يمكن ضبطه إلا بتوقيف، أي بنص من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا توقيف هنا.

❑ دليل الحنابلة على أن الأجل يرجع إلى تقدير المتعاقدين طال أو قصر.

الدليل الأول:

عدم الدليل على التحديد، وما جاء مطلقًا أخذ على إطلاقه، فالتقييد بمدة معينة يحتاج إلى توقيف، ولا توقيف هنا.

الدليل الثاني:

جعل الشارع حق الخيار يعتمد على العاقد في اشتراطه، فلو لم يشترطه لم يثبت له هذا الحق، فإذا كان وجود الخيار يتوقف على اشتراط العاقد فليرجع تقديره إلى العاقد أيضًا كالأجل في العقد.

الدليل الثالث:

الأجل في العقد شرع للحاجة إلى التأخير مخالفًا لمقتضى العقد، ثم جاز أي مقدار تراضيا عليه طال الأجل أم قصر، فكذلك الأجل في شرط الخيار يرجع إلى العاقد، فإذا تراضيا على مدة معينة جاز.

الدليل الرابع:

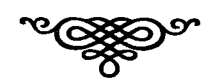
جواز العقد أو لزومه حق للمتعاقدين بدليل أنه يملك أحد العاقدين أن يقيل الآخر متى ما طلب ذلك، فإذا كان ذلك كذلك كان تقدير مدة الخيار حقًا لهما، فأي مدة اتفقا عليها جاز ذلك لهما، ولا تقييد لحريتهما في ذلك.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجد أن قول الحنابلة هو أقوى الأقوال، لقوة

أدلته، والجواب عن أدلة المخالفين، وعليه عمل الناس اليوم، فإن شرط الخيار وتحديد مدته راجع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا اتفقا على ذلك، وكان ذلك بالتراضي لا يوجد دليل يبطل ما اتفقا عليه، والله أعلم.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن مجلة الأحكام العدلية لم تشر إلى مدة خيار الشرط مما يدل على أنها تتبنى مذهب من لا يرى التحديد، وقد نبه على هذا العلامة علي حيدر بقوله: «وقد أطلقت المجلة المدة إشارة إلى أن مدة الخيار التي يتفق عليها معتبرة مهما بلغت الأيام»[(١)].



---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٤٤)..

المبحث السادس
إذا شرط الخيار ولم تذكر مدته

[م-٤٩٤] اختلف العلماء في العاقد يشترط الخيار دون أن يقرر مدته.

فقيل: يفسد العقد إلا أن يجيز البيع أو يبطل خياره قبل مضي ثلاثة أيام، فينقلب صحيحًا[(١)]، وهذا مذهب أبي حنيفة[(٢)].

---

(١) وقد اختلف الحنفية في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق، حكمه الفساد ظاهرًا، إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر، فينقلب صحيحًا، وقال مشايخ خرسان، والإمام السرخسي، وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحًا، وإذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن، قال ابن عابدين: وهو الأوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة.. ولكن الأول ظاهر الرواية.

وفي الحدادي: فائدة الخلاف تظهر أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض، والموقوف لا يملك إلا أن يجيزه المالك، ونظر فيه بأن الفاسد أيضًا لا يملك إلا بإذن البائع كما في المجمع.

وتعقب: بأن الملك في الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع، فالمتوقف فيه على إذن البائع: هو القبض، لا الملك نفسه.

وأما الموقوف كبيع الفضولي، فإن الملك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع.

والأولى أن يقال: إنها تظهر في حرمة المباشرة وعدمها، فتحرم على القول بأنه فاسد، ولا تحرم على القول بأنه موقوف.

انظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٩)، فتح القدير (٦/ ٣٠٢).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٨)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٩)، البحر الرائق (٦/ ٦).

وفي مذهب الحنفية مسألة نتوقف عندها: وهو أنه إن اشترط الخيار في العقد، وأطلق فسد العقد، وإن عقد العقد، وبعد مدة لقيه، فقال له: أنت بالخيار، وأطلق صح ذلك، وله الخيار ما دام في المجلس.

وتساءل الحنفية في الفرق بين المسألتين، وأجاب عن ذلك ابن عابدين في حاشيته (٤/ ٥٦٨)، فذكر أن إطلاق الوقت حين العقد مقارن، فقوي عمله- يعني: فأفسد العقد - وأما إطلاق =

وقيل: يبطل العقد، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[١].

وقيل: لا يبطل البيع، ويحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة، وهذا مذهب المالكية[٢].

وقيل: يجوز اشتراط الخيار مطلقًا، ويكون له الخيار أبدًا. وهذا القول منسوب للثوري، والحسن بن جني، وجماعة[٣].

وقيل: البيع صحيح، والشرط باطل، وبه قال الأوزاعي، وابن أبي ليلى[٤].

❑ تعليل الحنفية على أنه إن أجاز أو أبطل خياره في الثلاث صح:

تقدم لنا دليل الحنفية على أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام، فإذا أطلق مدة الخيار، وأجاز البيع أو أبطل خياره قبل مضي ثلاثة أيام فإن المفسد للعقد قد زال قبل تقرره، فينقلب العقد صحيحًا؛ لأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة، فإذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد، فصار كأن الخيار لم يكن مشروطًا في اليوم الرابع[٥].

= الوقت بعد تمام العقد فلم يكن مقارنًا فضعف، وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له في المجلس.

(١) إعانة الطالبين (٣/ ٢٩)، السراج الوهاج (ص١٨٥)، المجموع (٩/ ٢٢٦)، المغني (٤/ ٢١)، الروض المربع (٢/ ٧٢)، الكافي (٢/ ٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٢).

(٢) جاء في المدونة (٤/ ١٩٩): «قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة على أني بالخيار، ولم أجعل للخيار وقتًا، أترى هذا البيع فاسدًا أو جائزًا؟ قال: أراه جائزًا، وأجعل له من الخيار مثل ما يكون له في مثل تلك السلعة».
وانظر الفواكه الدواني (٢/ ٨٣)، فتح العلي المالك (١/ ٢٩٦).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٥٨)، إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط (٣/ ٢٨٢).

(٤) المجموع (٩/ ٢٦٩).

(٥) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٥).

وإنما انقلب صحيحًا عند الحنفية بناء على مذهبهم في التفريق بين الباطل والفاسد خلافًا للجمهور: فالحنفية يرون أن العقد الفاسد ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، وأنه ينفذ بمجرد زوال صفة الإفساد، وهذا العقد فاسد لأن الخلل تطرق إلى اشتراط الخيار، وهو كالوصف في العقد.

وقد تقدم تقرير مذهبهم، ومناقشته في مسألة سابقة في كتاب الشروط الجعلية، فأغنى عن إعادته هنا.

❏ دليل المالكية على أنه يجوز، وتقدر المدة بقدر الحاجة:

ذكر المالكية أن خيار الشرط له قدر في الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه في كل نوع من المبيع، فإذا أخلا بذكره فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنهما لو زادا عليه لفسد العقد به، ولم يثبت لهما ما زاداه.

ويناقش:

بأن هذا الدليل قائم على دعوى أن الشرع قد قدر لكل سلعة من المبيع مدة محدودة في خيار الشرط، فإذا لم يذكر العاقدان المدة رجعا إليه، ولكن القول بأن الشرع قد حدد مدة الخيار لكل سلعة دعوى لا دليل عليها، وليس هناك توقيف من الشارع في ذكر مدة الخيار، فإذا أخلا بذكر الأجل كان الأجل مجهولًا، والأجل المجهول يؤدي إلى فساد العقد، والله أعلم.

❏ دليل الشافعية والحنابلة وزفر على بطلان العقد:

أن العقد باطل؛ لأن الجهالة في مدة الخيار من الغرر المؤثر في صحة العقد، فلا يصح العقد، ولا ينقلب صحيحًا إذا أجازه في الثلاثة الأيام، لأن العقد لما انعقد باطلًا لا يمكن له أن ينقلب صحيحًا، وإنما يحتاج إلى عقد جديد، والله أعلم.

❑ دليل من قال: العقد صحيح، والشرط باطل:

ربما رأى صاحب هذا القول أن الخلل لا يعود إلى العقد، فالعقد صحيح قد تمت شروطه وتوفرت أركانه، وإنما تطرق الخلل إلى اشتراط الخيار فيبطل الخيار وحده، ويكون البيع صحيحًا.

❑ دليل من قال: يصح الشرط ويكون له الخيار أبدًا:

لم أقف على دليل له، ويمكن أن يستدل له بأن العاقد إذا شرط على نفسه شرطًا لزمه، وقد قبل أن يكون العقد جائزًا مدة بقاء السلعة عنده فيلزم في حقه.

❑ الراجح:

أجد مذهب المالكية أعدل الأقوال، وأن العاقدين حين لم يذكرا مدة العقد قد رضيا أن يعملا بما تعارف الناس عليه، والله أعلم.



المبحث السابع
ابتداء مدة الخيار بالشرط

[م-٤٩٥] إذا عقد البيع، واشترط فيه الخيار مدة معلومة، فمتى تبدأ مدته؟ هل تبدأ من حين العقد، أو من حين انتهاء خيار المجلس؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن أول مدة الخيار تبدأ من حين العقد، وهذا واضح؛ لأنهم لا يقولون بخيار المجلس كما مر معنا.

قال ابن جزي: «في مدته - يعني مدة الخيار - وأولها عند العقد، وآخرها مختلف باختلاف المبيعات...»[١].

القول الثاني:

تبدأ المدة من حين اشتراطه، فإن كان اشتراطه في العقد كان ابتداؤها من العقد، وإن كان اشتراطه بعد العقد في المجلس فمن حين اشترط.

وهذا هو مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة[٢].

---

(١) القوانين الفقهية (ص١٨٠).

(٢) أسنى المطالب (٢/ ٥١)، وجاء في المجموع (٩/ ٢٣٦): «قال أصحابنا: إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففي ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما،

أصحهما باتفاق الأصحاب: من حين العقد.

والثاني: من حين انقطاع خيار المجلس، إما بالتخاير وإما بالتفرق.، قال الروياني هذا =

ووجهه:

أن مدة الخيار مدة ملحقة بالعقد، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل.

ولأن الخيار لو اعتبر من التفرق لصارت أول مدة الخيار مجهولة؛ لأنه لا يعلم متى يفترقان.

ويتفرع عليه: أنه لو اشترط أن يكون ابتداء الخيار من حين التفرق لم يصح الشرط للجهالة؛ لأنهما لا يدريان متى يفترقان، وقد صرح بهذا الشافعية والحنابلة(١).

كما يتفرع عليه أيضًا ما قاله النووي: «قال أصحابنا: فإن قلنا: ابتداء المدة من حين العقد فانقضت، وهما مصطحبان فقد انقطع خيار الشرط، وبقي خيار المجلس، وإن تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس، ولو أسقطا أحد الخيارين سقط، ولم يسقط الآخر، ولو قالا: ألزمنا العقد أو أسقطنا الخيار سقطا جميعا ولزم البيع، هذا تفريع كونه من العقد»(٢).

= اختيار ابن القطان وابن المرزبان، والأول قول ابن الحداد، وقول ابن الحداد هو الصحيح عند جميع المصنفين، حتى قال الروياني: قول ابن القطان ليس بشيء...

(فرع) لو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفرق، وقلنا بصحته على الخلاف السابق. فإن قلنا: ابتداء المدة من التفرق: لم يختلف الحكم، وإن قلنا من العقد حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفرق، والله أعلم».

وانظر في مذهب الحنابلة: كشاف القناع (٣/ ٢٠٤)، مطالب أولي النهى (٣/ ٩٠)، الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

(١) جاء في المجموع (٩/ ٢٣٦): «قال المصنف والأصحاب: فإن قلنا: إنه من حين العقد فشرطاه من حين التفرق بطل البيع، هذا هو المذهب، وبه قطع المصنف والأصحاب في جميع الطرق. حكى إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب وجها أنه يصح البيع والشرط، وهذا شاذ مردود...».

وانظر كشاف القناع (٣/ ٢٠٤).

(٢) المجموع (٩/ ٢٣٧).

القول الثالث:

قالوا: تبدأ المدة من التفرق، أو التخاير، وهو وجه في مذهب الشافعية[١]، ونسبه الماوردي إلى الجمهور[٢]، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٣].

❑ تعليل هذا القول:

التعليل الأول:

أن الشارط قصد بالشرط زيادة على ما يفيده المجلس.

التعليل الثاني:

ولأن الخيار ثابت في المجلس حكمًا، فلا حاجة إلى إثباته بالشرط.

وتعقب هذان:

بأنه ليس هناك ما يمنع من ثبوت الحكم بسببين، كتحريم الوطء بالصيام والإحرام، والظهار.

فلا يمنع أن يثبت الخيار بسببين: خيار المجلس وخيار الشرط.

التعليل الثالث:

ولأن حالة المجلس كحالة العقد؛ لأن لهما فيه الزيادة والنقصان، فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه[٤].

وبناء على هذا القول فلو اشترط أن يبدأ الخيار من العقد، فهل يبطل العقد.

---

(١) المهذب (١/ ٢٥٨)، مغني المحتاج (٢/ ٤٨)، السراج الوهاج (ص١٨٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤٨).

(٣) المحرر (١/ ٢٦٢)، الإنصاف (٤/ ٣٧٥، ٣٧٦).

(٤) انظر المغني (٤/ ٢٠).

قال الشيرازي: «إن قلنا: إن ابتداءه من حين التفرق، فشرط أن يكون من حين العقد، فوجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن ابتداء الوقت معلوم.

والثاني: لا يصح؛ لأنه شرط ينافي موجب العقد، فأبطله»(١).

وقال النووي: أصحهما باتفاق الأصحاب لا يبطل، وممن صححه صاحب الشامل والروياني وصاحب البيان والرافعي وآخرون(٢).

ويتفرع عليه:

قال النووي: «فأما إذا قلنا: من التفرق - يعني ابتداء مدة الخيار - فإذا تفرقا انقطع خيار المجلس وابتدأ خيار الشرط، وإن أسقطا الخيار قبل التفرق انقطع خيار المجلس، وفي خيار الشرط وجهان حكاهما إمام الحرمين والبغوي وغيرهما:

أحدهما: ينقطع؛ لأن مقتضاهما واحد.

وأصحهما: لا ينقطع؛ لأنه غير ثابت في الحال، فكيف يسقط؟ والله تعالى أعلم»(٣).

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه أن ابتداء المدة من حين الاتفاق على الشرط، فإن اشترط في العقد فمن حين العقد، وإن اشترط في خيار المجلس فمن حين اشترط، هذا هو الأصل.

---

(١) المهذب (١/ ٢٥٨).

(٢) المجموع (٩/ ٢٣٧).

(٣) المجموع (٩/ ٢٣٧).

أما القول بأنه إن اشترط من حين التفرق فإنه يبطل العقد للجهالة؛ لأنهما لا يدريان متى يفترقان، فهذا قول مرجوح، لأن التفرق وإن لم يعلم بدقة، فهو وقت يسير غالبًا، فمجلس العقد غالبًا ما تكون مدته يسيرة، ولذا لو كانت الجهالة بالتفرق مؤثرة لم يشرع خيار المجلس مع قيام الجهالة بالتفرق، فالجهالة اليسيرة مغتفرة، والله أعلم.



المبحث الثامن
في اتصال مدة الخيار وموالاتها

[م-٤٩٦] المقصود باتصال مدة الخيار، ألا يكون هناك فاصل بين العقد وبين مدة الخيار.

والمقصود بالموالاة: تتابع أجزاء مدة الخيار، بحيث لا يكون الخيار مدته ثلاثة أيام: اليوم الأول يثبت فيه الخيار، واليوم الثاني لا يثبت، واليوم الثالث يثبت فيه الخيار، وهكذا.

وقد تقدم لنا في المسألة السابقة أن هناك قولًا مرجوحًا في مذهب الشافعية والحنابلة بأنه يمكن أن تبدأ مدة الخيار من التفرق، وهذا يعني: أن اتصال بداية مدة الخيار ممكن أن تتأخر عن العقد بناء على هذا القول.

كما تقدم لنا أن القائلين بثبوت خيار المجلس يقولون بأنه يمكن أن يشترط الخيار أثناء مدة خيار المجلس، وبعد العقد وهذا يعني أيضًا أن يكون هناك فاصل بين إبرام العقد، وبين اشتراط الخيار.

أما إذا لم يتصل الخيار بالعقد إلا بعد ا لتفرق، ففيه خلاف في صحة الشرط على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور إلى بطلانه.

ففي الفتاوى الهندية، «إذا اشترط للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان، والشراء في آخر شهر رمضان، فالشراء جائز، وله الخيار ثلاثة أيام: اليوم الأخير من شهر رمضان، ويومين بعده، ولو قال: لا خيار له في رمضان فالبيع

فاسد، كذا في المحيط»[١].

لأنه حين قال: لا خيار له في رمضان، أصبح الخيار غير متصل بالعقد، ولهذا فسد البيع، ويتعذر تصحيحه في هذه الحال مع عدم اتصال الخيار بالعقد، وهذا ما علل به ابن نجيم في البحر الرائق[٢].

وفي الجوهرة النيرة: «ولو اشترى شيئًا على أن له الخيار بعد شهر، كان له الخيار شهرًا كاملًا وثلاثة أيام عند محمد - يعني محمد بن الحسن.

وقال أبو يوسف: لا خيار له بعد الشهر»[٣].

ولما كان محمد بن الحسن وأبو يوسف يخالفان أبا حنيفة في مدة الخيار، وأنه لا مانع عندهما من الزيادة على ثلاثة أيام، فإذا اشترط الخيار بعد شهر، حسب الشهر من مدة الخيار حتى لا يفصل بين العقد وبين مدة الخيار بفاصل. واكتفى أبو يوسف بالشهر مدة للخيار، وزاد عليه محمد بن الحسن ثلاثة أيام بعد الشهر، لأن هذا ما يفيده كلمة بعد شهر.

وقال النووي: «قال أصحابنا: ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد، فلو شرطا خيار ثلاثة أيام أو دونها من آخر الشهر، أو من الغد، أو متى شاء، أو شرطا خيار الغد دون اليوم، بطل العقد؛ لمنافاته لمقتضاه»[٤].

وقال ابن قدامة: «وإن شرط الخيار شهرًا، يومًا يثبت، ويومًا لا يثبت، فقال ابن عقيل: يصح في اليوم الأول؛ لإمكانه، ويبطل فيما بعده؛ لأنه إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى الجواز.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٩).
(٢) البحر الرائق (٦/ ٤).
(٣) الجوهرة النيرة (١/ ١٩١).
(٤) المجموع (٩/ ٢٢٧).

ويحتمل بطلان الشرط كله؛ لأنه شرط واحد، تناول الخيار في أيام، فإذا فسد في بعضه، فسد جميعه، كما لو شرط إلى الحصاد»[١].

القول الثاني:

قيل: يصح، وهو قول في مذهب الحنابلة قدمه في الرعاية الكبرى.

قال ابن مفلح: «وإن شرطاه يومًا نعم، ويومًا لا، فقيل: يبطل، وقيل: يصح، وقيل: في اليوم الأول»[٢].

علق عليه في تصحيح الفروع: «القول الأول: احتمال في المغني، وهو قوي.

والقول الثاني: قدمه في الرعاية الكبرى.

والقول الثالث:

أصح، واختاره ابن عقيل، وجزم به ابن الجوزي في المذهب، وقدمه في الفائق، وشرح ابن رزين، وأطلق الأول والثالث في الكافي، وهو ظاهر المغني والشرح...»[٣].



(١) المغني (٤/ ٢٢).

(٢) الفروع (٤/ ٨٥).

(٣) تصحيح الفروع مطبوع بهامش الفروع (٤/ ٨٥).



المبحث التاسع
في محل خيار الشرط

[م-٤٩٧] اتفق الأئمة الأربعة على صحة اشتراط الخيار في صلب العقد.

جاء في اللباب: «خيار الشرط جائز في صلب العقد»[(١)].

وقال ابن عبد البر: «من لم يشترط الخيار في عقد صفقته لم يجب له»[(٢)].

وقال الرملي، وهو يتكلم عن شرط الخيار: «الشرط المؤثر هنا هو ما وقع في صلب العقد من المبتدئ به...»[(٣)].

وقال البهوتي: «خيار الشرط: وهو أن يشترطاه في العقد... مدة معلومة»[(٤)].

واختلفوا في صحة اشتراطه قبل العقد وبعده قبل لزومه كما في مدة الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) وبعد لزوم العقد، وهذا ما سوف نتعرض له إن شاء الله في المباحث التالية.



(١) اللباب (٢/ ١٢).
(٢) الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٣).
(٣) نهاية المحتاج (٤/ ٢٢).
(٤) كشاف القناع (٣/ ٢٠٢).



الفرع الأول
اشتراط خيار الشرط قبل العقد

قال ابن تيمية: **الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن**(١).

وقال أيضًا: **الاتفاق الموجود قبل العقد بمنزلة المشروط في العقد**(٢).

[م-٤٩٨] إذا اشتراط العاقدان أو أحدهما خيار الشرط قبل العقد، ثم أبرم العقد دون أن يذكر الشرط، فقد اختلف العلماء في لزوم هذا الشرط، وهذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى: هل الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له، وهي مسألة خلافية، والخلاف فيها على النحو التالي:

القول الأول:

الشرط المتقدم على العقد إذا لم يذكر في صلب العقد غير معتبر، وهذا هو مذهب الحنفية(٣)، والشافعية(٤)، وقول في مذهب أحمد قد يختاره في بعض المواضع طائفة من أصحابه(٥).

---

(١) القواعد النورانية (ص٢٢٠)، وانظر إعلام الموقعين (٣/ ٢٠٠).

(٢) بيان الدليل على بطلان التحليل (ص١٥٣).

(٣) انظر البحر الرائق (٦/ ٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٩١)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٨)، بدائع الصنائع (٤/ ١٤١)، جامع الفصولين (٢/ ٢٣٧)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٩).

(٤) المجموع (٩/ ٤٦١) فتاوى السبكي (١/ ٣٥٠)، وقال في مغني المحتاج (٢/ ٣٠٨): «أما إذا تقدم الشرط على العقد فإنه لا اعتبار به في الخيار».

(٥) الفتاوى الكبرى (٤/ ١٠٨)، وقال أيضًا (٦/ ٦٨): «الاتفاق الموجود قبل العقد بمنزلة المشروط في العقد في أظهر الطريقين لأصحابنا». وهذا النص بحروفه في إعلام الموقعين (٣/ ٩٣).

فأفاد ابن تيمية رحمه الله أن أصحاب الأمام أحمد لهم في ذلك طريقان، أحدهما: أنه ليس بمنزلة المشروط في العقد.

القول الثاني:

الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له.

وهذا هو مذهب المالكية[١]، ومذهب أهل الحديث كالإمام أحمد وغيره[٢]، وهو قول في مذهب الشافعي[٣]، وصححه ابن تيمية من الحنابلة[٤]، وتابعه عليه ابن القيم، ونسبه قولًا للجمهور[٥].

القول الثالث:

التفريق بين الشرط المتقدم الرافع لمقصود العقد، وبين الزائد عليه أو المقيد

---

(١) يرى المالكية أن بيع الخيار إن شرط فيه البائع على المشتري أن ينقد الثمن فإنه يفسد البيع، وسيأتي الكلام على هذه المسألة بخصوصها إن شاء الله تعالى، ونقل الحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٤١٧) عن التوضيح ما نصه: «إذا تواطئا على النقد قبل عقد البيع، ولم يشترطاه في عقد البيع فذلك بمنزلة المشروط، وهو واضح، بل لو فهم ذلك من غير تصريح به، فالظاهر أنه كالشرط، فتأمله». اهـ فانظر كيف جعل الحطاب أنه لو فهم ذلك من غير تصريح قبل العقد، فهو بمنزلة المشروط في العقد.

وقال ابن تيمية ﷺ، قال في الفتاوى الكبرى (٤/ ١٠٨): «الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له في ظاهر مذهب فقهاء الحديث أحمد وغيره، ومذهب أهل المدينة وغيره...».

وقال في مجموع الفتاوى حين تكلم عن بطلان نكاح المحلل (٢٠/ ٣٧٨): «وهذا موافق لأصول أهل المدينة، فإن من أصولهم: أن القصود في العقود معتبرة، كما يجعلون الشرط المتقدم كالشرط المقارن، ويجعلون الشرط العرفي كالشرط اللفظي».

(٢) الفتاوى الكبرى (٤/ ١٠٨)، الإنصاف (٨/ ١٥٤)،.

(٣) قال الزركشي في المنثور (١/ ٤١٢): «التواطؤ قبل العقد ليس بمنزلة المشروط فيه على الأصح». فقوله: على الأصح يقابله القول المرجوح، وهو أن العقد المتقدم كالمقارن.

(٤) قال مجموع الفتاوى (٣٢/ ١٠٨): «وإذا اشترط الأجل قبل العقد فهو كالشرط المقارن في أصح قولي العلماء». وانظر القواعد النورانية (ص٢٢١).

(٥) إعلام الموقعين (٣/ ٧٧).

له، فإن كان رافعًا كان الشرط المتقدم مؤثرًا، كما لو تواطأ العاقدان على كون العقد تلجئة، أو تحليلًا فإن العقد يبطل.

وإن لم يكن رافعًا بل كان مقيدًا له أو زائدًا عليه، كاشتراط كون المهر أقل أو أكثر من المسمى، فاشتراط الخيار لا يؤثر، وهذا قول طائفة من أصحاب أحمد، كالقاضي أبي يعلى[١].

إذا علم هذا نأتي إلى مسألتنا بخصوصها:

[م-٤٩٩] فإذا اشترط العاقد الخيار قبل الجلوس لإبرام العقد، ثم وقع بينهما العقد مطلقًا من غير اشتراط الخيار، فهل يثبت الخيار؟

في ذلك خلاف بين أهل العلم:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يلزم الوفاء به.

وهذا مذهب الحنفية والشافعية، واختاره بعض المالكية، وبعض الحنابلة.

قال ابن نجيم: «لو قال: جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده، ثم اشترى مطلقًا لم يثبت كما في التتارخانية»[٢].

وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «اشتراط الخيار بعد العقد، وهذا لا حكم له، فإذا قال شخص لآخر: خيرتك في البيع الذي سنعقده، ثم وقع بينهما العقد مطلقًا أي بغير اشتراط الخيار فلا يثبت بذلك خيار»[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٢/ ١٦٦)، القواعد النورانية (ص٢٢١)، شرح الزركشي (٥/ ١٤٢).
(٢) البحر الرائق (٦/ ٣).
(٣) درر الحكام شرح مجلة الحكام (١/ ٢٩١).

ومثله عند الشافعية، قال النووي في المجموع: «الشرط المقارن للعقد يلحقه، فإن كان شرطًا صحيحًا لزم الوفاء به، وإن كان فاسدًا أفسد العقد، وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطًا فاسدًا؛ لأن ما قبل العقد لغو، هكذا نص عليه، وقطع به الأصحاب»[١].

وقال ابن مفلح في المبدع: «الثاني: خيار الشرط، وهو أن يشترطاه في العقد، وظاهره لو اتفقا قبله لم يلزم الوفاء به»[٢].

وقال في مطالب أولي النهى: «خيار شرط: وهو أن يشترطاه في العقد، أو بعده زمن الخيارين»[٣].

ومفهومه أنه لو اشترطه قبل العقد لم يصح؛ لأنه لم يذكر إلا وقتين لصحة اشتراطه: اشتراطه في صلب العقد، أو بعده في زمن الخيارين، ولم يذكر اشتراط الخيار قبل العقد بما يفيد أنه لا يلزم لو اشترطه قبل العقد.

وقال المرداوي وهو يتكلم عن الشروط في البيع: «ومحل هذه الشروط أن تقع مقارنة للعقد»[٤].

وشرط الخيار هو شرط في البيع، لأنه لا يثبت إلا باشتراط المتعاقدين أو أحدهما.

وقال في مواهب الجليل: «إما أن يكون موجب الخيار مصاحبًا للعقد، أو متقدمًا عليه.

---

(١) المجموع (٩/ ٤٦١).
(٢) المبدع شرح المقنع (٤/ ٦٧).
(٣) مطالب أولي النهى (٣/ ٨٨).
(٤) الإنصاف (٤/ ٣٥٤).

والأول: هو التروي (يعني: خيار الشرط).

والثاني: خيار النقيصة (يعني: خيار العيب وخيار الاستحقاق)»[(١)].

فجعل موجب خيار الشرط مصاحبًا للعقد، ويفهم منه: أنه لا يصح قبله، ولا بعده.

وقال في منح الجليل: «إنما يثبت الخيار في إمضاء البيع ورده لأحد المتعاقدين، أو لهما، أو لغيرهما بشرط في عقد البيع»[(٢)].

فنص على أن الشرط يكون في عقد البيع، أي لا قبله، ولا بعده.

وقال ابن عبد البر: «من لم يشترط الخيار في عقد صفقته لم يجب له»[(٣)].

ومفهومه: أنه لو اشترطه قبل عقد صفقته أو بعده لم يجب له، بل لا بد أن يشترط الخيار في عقد الصفقة.

إذا عرفنا هذا القول، فما هو دليله على أنه لا يجوز أن يتقدم الخيار على العقد:

قالوا: «لا يصح اشتراط الخيار قبل إجراء العقد، إذ الخيار كالصفة للعقد، فلا يذكر قبل الموصوف»[(٤)].

(ح-٤٣٠) وروى البخاري من طريق الزهري، عن سالم بن عبد الله، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر،**

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).

(٢) منح الجليل (٥/ ١١٢).

(٣) الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٣).

(٤) انظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٨٠).

فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع(١).

قال الباجي تعليقًا: «إذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد فإنه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد؛ لأنه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله إلا أن يشترطه المبتاع، ولا يوصف هذا بأنه شرط إلا أن يكون ذلك شُرِط في عقد البيع وإلا كان بيعًا مبتدأ...»(٢).

وهل يصلح دليلًا أن نقول: إن العقد هو السبب الموجب لاشتراط الخيار، فلا يتقدم الشرط على سببه الموجب له؟

كما لو طلق الرجل قبل الزواج، ثم تزوج بالمرأة، فإنه لا يقع طلاقه.

ومثله لو أخرج زكاة ماله قبل بلوغ النصاب، فإنها لا تعد من الزكاة.

ولكن قد يقال: ما دام أن اشتراط الخيار راجع للعاقد نفسه، وليس ثابتًا بالشرع فلا يضر تقدمه كالنكاح فإن الشروط فيه لا بد أن تتقدم العقد، والله أعلم.

❏ الراجح:

بعد استعراض الأقوال نرى أننا إذا نظرنا إلى هذه المسألة بخصوصها رأينا عامة الفقهاء يقولون: بأنه لا عبرة بشرط الخيار إذا تقدم على العقد، وإذا ربطنا هذه المسألة بأصلها: وهو أن الشرط المتقدم على العقد هل هو بمنزلة المقارن له؟ وجدنا أن كثيرًا من الفقهاء يجعلون الشرط المتقدم كالشرط المقارن، وينبغي أن يكون هذا ملحوظًا في عقد البيع أكثر من غيره؛ لأن عقد البيع، خاصة في

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

(٢) المنتقى للباجي (٤/ ١٧٠).

العقود الكبيرة يمر بمراحل كثيرة، منها أولًا: مرحلة العرض للوقوف على حقيقة المبيع، والاطلاع على أنواعه وتفاوتها، واختلاف الأسعار، ثم مرحلة التفاوض على القيمة بعد تحديد النوع المختار، ثم مرحلة الشروط في العقد، فإذا فرغ العاقدان من كل ذلك خلص المتعاقدان إلى الصيغة النهائية، فلا تنفك الصيغة النهائية عن المراحل السابقة، ولا يحتاج الأمر إلى إعادة كل ما اتفق عليه في صيغة العقد، خاصة أن الشروط في المبيع كالصفات في السلعة، وكتابتها في صيغة العقد هو كنوع من إثباتها، وليس ثبوتها، فثبوتها قد تم بالتفاهم المتقدم على العقد، والذي بناء عليه تم الإيجاب والقبول، والله أعلم.





الفرع الثاني
اشتراط خيار الشرط بعد العقد

[م-٥٠٠] اختلف العلماء في اشتراط الخيار بعد العقد إلى خمسة أقوال:

القول الأول:

يصح اشتراط الخيار بعد لزوم البيع إذا تراضيا على ذلك، سواء نقد الثمن أو لم ينقد، ويعتبر اشتراط الخيار فسخ للبيع الأول، وعقد للبيع من جديد باشتراط الخيار. وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية في أحد القولين.

جاء في فتح القدير: «يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع، ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، صح بالإجماع»[1].

يعني أبا حنيفة وصاحبيه، وهذا العقد نوع من التبرع من جهة، وإقالة من الالتزام السابق من جهة، ولا أظن أن ذلك قد يخالف فيه أحد، وإنما البحث، هل يلزم أحد العاقدين اشتراط الآخر بعد مضي العقد بأيام.

جاء في الفتاوى الهندية: «ومن باع من آخر شيئًا وقبض المشتري المبيع، ومضى أيام، فقال البائع للمشتري: أنت بالخيار، فله الخيار ما دام في المجلس؛ لأن هذا بمنزلة قولك: لك الإقالة، ولو قال: أنت بالخيار ثلاثة أيام، فله الخيار ثلاثة أيام»[2].

وجاء في المدونة: «قلت: أرأيت لو أني بعت من رجل سلعة فلقيته بعد يوم أو يومين فجعلت له الخيار، أو جعل لي الخيار أيامًا، أيلزم هذا الخيار أم لا؟ قال: نعم.

---

(١) فتح القدير (٦/ ٣٠٠).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٩).

قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من رجل، ثم لقيته بعد يوم، أو يومين، فجعلت له الخيار، أو جعل لي، أيلزم هذا الخيار أم لا؟ قال: نعم إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بمنزلة بيعك إياه بالثمن من غيره، وله الخيار عليك، أو لك عليه...»[١].

وجاء في الذخيرة: «في الكتاب: إذا جعلا الخيار بعد تمام العقد لربهما، إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بيع مؤتنف...»[٢].

واختار اللخمي الجواز مطلقًا، سواء نقد الثمن أو لم ينقد[٣].

ولأن جعل الخيار لأحدهما ليس عقدًا حقيقة، إذ المقصود به تطييب نفس من جعل له الخيار لا حقيقة البيع، فلا يلزم المحذور المذكور[٤].

فهذا القول من الحنفية والمالكية بصحة اشتراط الخيار بعد لزوم البيع يرون أنه بيع جديد وفسخ للبيع الأول، إلا أن هذا يشترط له ما يشترط في البيع من حصول الرضا من المتعاقدين واتفاقهما على ذلك، فإن أبى أحد العاقدين لم يلزمه.

القول الثاني:

يصح اشتراط الخيار بعد لزوم العقد بشرط أن يكون ذلك بعد نقد الثمن، وهو المعتمد في مذهب المالكية.

جاء في الشرح الكبير: «يصح فيما وقع فيه البيع على البت أن يجعل أحدهما لصاحبه أو كل منهما للآخر الخيار، وهل محل الصحة والجواز إن نقد المشتري

---

(١) المدونة (٤/ ١٧٧).

(٢) الذخيرة (٥/ ٢٨).

(٣) التاج والإكليل (٤/ ٤١٢).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٩٤).

الثمن للبائع، وعليه الأكثر، وهو المعتمد، فكان الأولى الاقتصار عليه؛ لأنه إذا لم ينقد فقد فسخ البائع ماله في ذمة المشتري في معين يتأخر قبضه...»[١] لأن المعين عندهم لا يحتمل التأخير.

وقال الخرشي: ولأن البائع تقرر له ثمن في ذمة المشتري، أوجب له عنده سلعة فيها خيار، فهو فسخ دين في دين[٢].

القول الثالث:

قالوا: إن كان الإلحاق بعد العقد وقبل لزومه صح إلحاقه كما لو كان ذلك في مجلس البيع، وزمن خيار المجلس أو الشرط، وهذا هو المشهور من مذهب الشافعية[٣]، ومذهب الحنابلة[٤].

قال النووي: «أما الشرط الذي يشترط بعد تمام العقد، فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعًا، وإن كان قبله في مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه:... الثالث: وهو الصحيح عند الجمهور، وبه قطع أكثر العراقيين، يلحق في مدة الخيارين جميعًا (يعني خيار المجلس وخيار الشرط)، وهو ظاهر نص الشافعي»[٥].

وجاء في الإنصاف: «لو ألحق بالعقد خيارًا بعد لزومه لم يلحق على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب»[٦].

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٩٣)، وانظر شرح ميارة (٢/ ٦).
(٢) الخرشي (٥/ ١١١).
(٣) المجموع (٩/ ٤٦١).
(٤) الإنصاف (٤/ ٣٧١).
(٥) المجموع (٩/ ٤٦١).
(٦) الإنصاف (٤/ ٣٧١).

وجاء في كشاف القناع: «القسم الثاني من أقسام الخيار: خيار الشرط، وهو أن يشترطاه في العقد، أو بعده: أي العقد في زمن الخيارين: أي خيار المجلس وخيار الشرط»[١].

وحجة هذا القول:

بأن العقد بعد انتهاء خيار المجلس وخيار الشرط أصبح لازمًا، فلا يصح اشتراط خيار آخر بعد لزومه، وإن كان قبل لزوم العقد فيصح اشتراط خيار آخر فيه؛ لأن البيع لم يلزم بعد، فكما يجوز فسخ العقد، يجوز تقييده بخيار أو شرط، والله أعلم.

القول الرابع:

قالوا: لا يلحق الشرط بعد العقد مطلقًا، وهو الأصح في مذهب الحنفية[٢]، وأحد القولين في مذهب المالكية[٣]، وقول في مذهب الشافعية[٤].

وحجة هذا القول:

أن شرط الخيار بعد إبرام العقد لا يصادف محلًا، فلا يمكن الالتزام به، فإذا انعقد العقد فلا خيار لواحد من المتبايعين إلا أن يشترطاه في العقد.

وهذا القول يتمشى مع من يرى أن العقد يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا

---

(١) كشاف القناع (٣/ ٢٠٢)، وانظر مطالب أولي النهى (٣/ ٨٨، ٨٩).

(٢) جاء في حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٤٢): «وأن يكون - يعني الشرط - في صلب العقد؛ حتى لو ألحقاه به لم يلتحق في أصح الروايتين».

(٣) جاء في حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨): «قوله (فيعمل بالشرط) هذا ظاهر إذا كان الشرط في صلب العقد، أما إذا تطوع به أحدهما للآخر بعده، ففي المسألة قولان: وظاهر المصنف اعتباره، لأن قوله: (إلا لشرط) يشمل الواقع في العقد وبعده، قاله شيخنا».

(٤) المجموع (٩/ ٤٦١).

يرى مشروعية خيار المجلس، فإذا تم البيع دون أن يشترط في صلب العقد خيار الشرط فقد لزم البيع، وإذا لزم فلا سبيل إلى اشتراط الخيار بعد لزوم العقد.

القول الخامس:

التفريق بين أن يقول ذلك في خيار المجلس وبين أن يقول ذلك في خيار الشرط، فيلحق إن اشترطه في خيار المجلس، دون خيار الشرط، وهو قول في مذهب الشافعية[1].

وهذا القول لا أعلم له حجة، وأصحابه الذين ذكروه لم يسوقوا له حجة، والله أعلم.

□ الراجح من الخلاف:

أرى أن مذهب الشافعية والحنابلة القائلين بأن العقد ما دام جائزًا، ولم يلزم بعد فيحق للعاقد أن يشترط الخيار له في عقدة العقد؛ لأن العقد ما دام جائزًا لم يلزم بعد، فهو يملك الرجوع عن العقد مطلقًا، ويملك تقييده بشروط لا تنافي مقتضى العقد، ومنه خيار الشرط.

أما بعد لزوم العقد فإلحاق خيار الشرط يكون بالتراضي، ولا يكون بالإلزام؛ لأن الرجوع عن العقد السابق أو الدخول في عقد جديد لا بد فيه من الرضا من كلا العاقدين، فإذا تراضيا على أن يكون له الخيار بعد لزوم البيع فهذا تبرع محض لا يمنع منه الشرع، وكما يملك أن يقيله من العقد السابق مطلقًا، يملك أن يعطيه الخيار مدة معلومة، والله أعلم.

***

(١) المرجع السابق: الصفحة نفسها.



المبحث العاشر
العقود التي يصح فيها خيار الشرط

[م-٥٠١] اختلف الفقهاء في العقود التي يدخلها خيار الشرط على النحو التالي:

القول الأول: مذهب الحنفية:

وضع الحنفية ضوابط للعقود التي يلحقها خيار الشرط، وهي على النحو التالي:

أولًا: أن يكون العقد من العقود اللازمة، ولو من جانب واحد(١).

لأن العقود غير اللازمة لا حاجة إلى اشتراط الخيار فيها، إذ يتمكن العاقد من فسخها دون اشتراط الخيار(٢).

والعقد اللازم: هو العقد الذي لا يحق لأحد المتعاقدين الرجوع عنه بدون رضا الآخر.

فإذا كان العقد لازمًا من الطرفين صح اشتراط الخيار من الطرفين كالبيع.

---

(١) ذكر ابن نجيم في البحر الرائق (٦/ ٤) بأن الخيار إنما يدخل في عقد لازم يقبل الفسخ، وانظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٩).

(٢) ويستثنى من ذلك عند الحنفية: العقد الفاسد، فإنه يصح عندهم اشتراط الخيار فيه، مع أن لكل منهما الفسخ بدونه، وسبب الاستثناء: أن الحنفية يرون أن المبيع بعقد فاسد إذا قبضه المشتري بإذن البائع فإنه يدخل في ملكه، فإذا كان الخيار للبائع، أو لهما، وقبضه المشتري بإذن البائع، وكان فيه خيار لم يدخل في ملك المشتري، مع أنه لولا الخيار لملكه بالقبض.
انظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٩).

وإذا كان العقد لازمًا من طرف واحد، صح اشتراط الخيار في حق من كان لازمًا في حقه، كالرهن، فيجوز اشتراط الخيار للراهن، دون المرتهن، لأن المرتهن له نقض الرهن متى شاء، فلا يحتاج إلى خيار[١].

أما العقود الجائزة فلا يدخلها خيار الشرط، لأن العاقد يملك فسخها متى شاء، فأغنى ذلك عن خيار الشرط، وذلك مثل عقد الوكالة، والوصية.

ثانيًا: أن يكون العقد قابلًا للفسخ بالتراضي؛ لأن الخيار إنما وضع من أجل أن يتمكن العاقد من فسخ العقد، فإذا كان العقد لا يقبل الفسخ لم يصح اشتراط الخيار فيه، وذلك كالطلاق واليمين والنذر.

ثالثًا: ألا يكون القبض شرطًا في صحة العقد، فلا يصح اشتراط الخيار في عقدي الصرف والسلم.

وقد ذكر ابن نجيم وغيره العقود التي يدخلها شرط الخيار، وهي:

(١) عقد البيع. (٢) المزارعة. (٣) المعاملة. (٤) الإجارة.

(٥) القسمة. (٦) الصلح على مال. (٧) الكتابة. (٨) الخلع.

(٩) الرهن. (١٠) العتق. (١١) الكفالة. (١٢) الحوالة.

(١٣) الإبراء. (١٤) الوقف على قول أبي يوسف.

(١٥) الشفعة[٢].

ولا يدخل خيار الشرط: في عقد نكاح، وطلاق، ويمين، ونذر، وصرف، وسلم، ووكالة ووصية وإقرار، إلا الإقرار بعقد.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٩، ٥٧٠).

فنخلص إلى ضابط يجمع كل ذلك بأن العقود التي يدخلها خيار الشرط: هي العقود اللازمة ولو من جانب واحد، والتي تقبل الفسخ بالتراضي، والتي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس.

هذا هو الضابط عند الحنفية في العقود التي يدخلها الخيار.

القول الثاني: مذهب المالكية:

يقصر المالكية شرط الخيار (خيار التروي) في عقد البيع بأنواعه، وعندما يعرفون شرط الخيار (خيار التروي) يعرفونه من خلال عقد البيع لا غير، بما يفهم أنهم لا يرون شرط الخيار في غيره.

جاء في الفواكه الدواني: «خيار التروي: وهو كما قال ابن عرفة: بيع وقف بته أولًا على إمضاء يتوقع...»[١].

وجاء في مواهب الجليل: «خيار التروي: وهو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء»[٢].

وجاء في الشرح الصغير: « (الخيار قسمان: ترو ونقيصة). أي خيار ترو: أي نظر وتأمل في إبرام البيع وعدمه.

وخيار نقيصة: وهو ما كان موجبه وجود نقص في المبيع من عيب أو استحقاق.

(فالأول) أي خيار التروي (بيع وقف بته): أي لزومه (على إمضاء) ممن له الخيار من مشتر أو بائع أو غيرهما (يتوقع) في المستقبل. (وإنما يكون) أي يوجد ويحصل (بشرط) من المتبايعين ولا يكون بالمجلس...»[٣].

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ٨٣).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).

(٣) الشرح الصغير (٣/ ١٣٣، ١٣٤).

فخلصنا من هذا أن المالكية يقصرون خيار الشرط على عقد البيع، وما كان في معناه.

فيجوز شرط الخيار عندهم في بيع التولية[١]، وفي قسمة التراضي[٢]، وفي الإجارة[٣].

وفرقوا بين عقد السلم والصرف، فأجازوا الخيار في عقد السلم في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام إن لم ينقد رأس المال.

---

(١) يقول العلامة خليل في مختصره (ص١٨٨): «وإن وليت ما اشتريت بما اشتريت جاز إن لم تلزمه وله الخيار».
ويقول الدردير في الشرح الكبير (٣/ ١٥٨)، وهو يشرح هذه العبارة: « (وإن وليت) شخصًا (ما اشتريت) من السلع (بما) أي بمثل ثمن (اشتريت) به ولم تذكر له ثمنًا ولا مثمنًا (جاز إن لم تلزمه) المبيع بأن شرطت له الخيار، أو سكت (وله الخيار) إذا رآه، وعلم الثمن. . . »

(٢) جاء في التاج والإكليل (٥/ ٣٣٩) «قال مالك: لو اقتسما دارًا، أو رقيقًا، أو عروضًا، على أن لأحدهما الخيار أيامًا يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز».
وإنما القسمة التي تلحقها الخيار هي ما كانت في حكم البيع كقسمة التراضي، وأما القسمة التي هي بمثابة إفراز الحق كقسمة القرعة فلا يدخلها خيار.
جاء في التاج والإكليل (٥/ ٣٣٥) قال ابن رشد: «قسمة الرقاب على ثلاثة أقسام:
قسمة مراضاة بغير تعديل، ولا تقويم، ولا خلاف أنها بيع من البيوع.
وقسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم، الأظهر أنها بيع من البيوع.
وقسمة قرعة الأظهر أنها تمييز حق».
وانظر القوانين الفقهية (ص١٨٧، ١٨٨).

(٣) يطلق الكراء عند المالكية على إجارة الدواب، وقد أجاز المالكية الخيار في الكراء، بشرط أن لا ينقد الثمن.
جاء في المدونة: (٤/ ٤٦٥) «قلت: أرأيت إن اكتريت راحلة بعينها إلى مكة، ونقدته على أني بالخيار يومًا، أو يومين؟ قال: لا يصلح ذلك في قول مالك: أن ينقد إذا كنت بالخيار في كراء أو بيع، إلا أن تشترطا الخيار ما دمتما في مجلسكما ذلك قبل أن تتفرقا».

ومنعوا شرط الخيار في عقد الصرف.

وهذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى اختلف فيها المالكية مع جمهور أهل العلم، وهي: هل يجوز تأخير تسليم الثمن في عقد السلم عن مجلس العقد؟

فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية، والحنابلة إلى أنه يشترط تسليم الثمن في مجلس العقد، وأنه لا يجوز تأخيره مطلقًا[١].

وبناء عليه لا يجوز اشتراط الخيار فيه؛ لأن خيار الشرط يقتضي تأجيل الثمن، ومقتضى عقد السلم وصحته تتطلب تعجيله، وحينئذ يكون خيار الشرط منافيًا لمقتضى العقد، فيرتد هذا بالبطلان عليه.

وذهب المالكية إلى اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إلا أنهم أجازوا تأخيره يومين أو ثلاثة أيام، ورأوا أن هذه المدة مدة يسيرة، وهي بحكم التسليم في المجلس لقربها منه.

وسوف تأتينا هذه المسألة إن شاء الله في باب السلم.

وبناء على هذا القول فإنهم أجازوا اشتراط الخيار في عقد السلم بمقدار المدة التي يجوز تأخير تسليم الثمن فيها: يومين أو ثلاثة أيام، بشرط ألا ينقد رأس المال في مجلس العقد؛ لأن نقده، ولو كان طوعيًا يجعل العقد يتردد بين الثمنية والسلفية وبين البيع والسلف.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٢/ ١٤٣)، فتح القدير (٧/ ٩٧، ٩٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٧٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٢).

وانظر في مذهب الشافعية: الأم (٣/ ١٣٦)، أسنى المطالب (١/ ٥١)، حاشية البيجوري (١/ ٦٨٨).

وانظر في مذهب الحنابلة: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٤)، المبدع (٤/ ٦٨).

جاء في المدونة: «هل يجيز مالك الخيار في التسليف (السلم) قال: إذا كان أجلًا قريبًا، اليوم واليومين، ولم يقدم رأس المال، فلا أرى به بأسًا، وهو قول مالك»[١].

وفي مواهب الجليل: قال في المدونة في كتاب الخيار: «ولا بأس بالخيار في السلم إلى أمد قريب، يجوز تأخير النقد إلى مثله، كيومين أو ثلاثة إذا لم يقدم رأس المال، فإن قدم كرهت ذلك؛ لأنه يدخله بيع وسلف جر منفعة، وإن تباعد أجل الخيار كشهر أو شهرين لم يجز، قدم النقد أم لا»[٢].

وسوف نأتي على هذه المسألة محررة إن شاء الله تعالى في كتاب السلم.

وجاء في المدونة: «قلت: أرأيت، هل يجيز مالك الخيار في الصرف؟ قال: لا»[٣].

القول الثالث: مذهب الشافعية:

نستطيع أن نضبط مذهب الشافعية في خيار الشرط بما يلي:

الأول: أن خيار المجلس وخيار الشرط في مذهب الشافعية متفقان في صورة الوفاق والخلاف إلا في أشياء يسيرة سوف نذكرها إن شاء الله تعالى.

والضابط في خيار المجلس عند الشافعية أنه يثبت في كل معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من الجانبين، ليس فيها تملك قهري، ولا جارية مجرى الرخص[٤].

---

(١) المدونة (٤/ ١٨٩).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٥١٥).

(٣) المدونة (٤/ ١٨٩).

(٤) حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٣٢، ٣٣).

وسبق لنا شرح هذا الضابط في خيار المجلس فأغنى عن إعادته هنا:

ومن خلال هذا الضابط نعرف أن خيار الشرط يلحق من العقود ما يتحقق فيه شرطان:

الأول: أن يشتمل على معاوضة محضة، بل صرح الشافعية بأن خيار الشرط لا يثبت إلا في البيع بأنواعه.

قال في مغني المحتاج: «وعلم من تقييده بالبيع أنه لا يشرع في غيره كالفسوخ والعتق والإبراء، والنكاح والإجارة، وهو كذلك»[١].

الثاني: أن يكون العقد لازمًا من الطرفين، فلا يثبت خيار الشرط في العقود الجائزة كالشركة والوكالة والقرض والعارية، ولا يثبت في العقود اللازمة من طرف واحد كالرهن.

يقول النووي: «وهما - أي خيار المجلس وخيار الشرط - متفقان في صورة الوفاق والخلاف إلا في أشياء:

أحدهما: أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين كالسلم، لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف، مع أن خيار المجلس يثبت فيها...

الثاني: أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف، وكذا لا يثبت في الحوالة، وفي خيار المجلس فيهما خلاف سبق.

الثالث: أنه إذا كان رجع في سلعة باعها ثم حجر على المشتري بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف، وفي خيار المجلس خلاف ضعيف قد سبق ذكره.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٧).

الرابع: في الهبة بشرط، وفي الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف في ثبوته في خيار المجلس.

وأما شرط الخيار في الصداق فسيأتي في كتاب الصداق إن شاء الله تعالى إيضاحه وتفصيله، ومختصره أن الأصح صحة النكاح، وفساد المسمى، ووجوب مهر المثل، وأنه لا يثبت الخيار، والله تعالى أعلم»[١].

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

يتفق الحنابلة مع الشافعية على أن خيار الشرط لا يثبت إلا في البيع، إلا أن مفهوم البيع عند الحنابلة أوسع منه عند الشافعية.

فمفهوم البيع كما يعني البيع بأنواعه، فإنه يعني أيضًا الإجارة؛ لأنها نوع من البيع، فهي من قبيل بيع المنافع، وكذلك يدخل في معنى البيع الهبة بعوض معلوم.

وكذا الصلح إذا كان بمعنى البيع، كما لو أقر له بدين أو عين، وصالحه بمال بشرط الخيار أمدًا معلومًا؛ لأنه في معنى البيع.

وكذا على إجارة في الذمة، كما لو استأجره على أن يعمل له عملًا.

وأما الإجارة المعينة فإن كانت مدتها من حين العقد لم يدخل فيها خيار الشرط؛ لأن دخوله يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها، أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز[٢].

ويدخل في معنى البيع قسمة التراضي، وهي ما فيها ضرر، أو رد عوض؛ لأنها نوع من البيع.

---

(١) المجموع (٩/ ٢٢٨، ٢٢٩).

(٢) وفيه قول آخر بجواز خيار الشرط في عقد الإجارة، ولو كانت على مدة تلي العقد، فإن لم يفسخ العقد فالأمر ظاهر، وإن فسخ فعلى المستأجر أجرة المثل. انظر الفروع (٤/ ٨٤).

والحنابلة كغيرهم يمنعون الخيار في عقد الصرف؛ لأنه يشترط لصحة العقد التقابض في مجلس العقد، ومثله كل بيع يشترط فيه التقابض في مجلس العقد كبيع الربوي بمثله.

كما يمنع الحنابلة اشتراط الخيار في عقد السلم(١).

واختار ابن تيمية من الحنابلة: جواز خيار الشرط في كل العقود.

قال ﷺ: «ويثبت خيار المجلس في البيع، ويثبت خيار الشرط في كل العقود، ولو طالت المدة»(٢).

ولا أعلم خلافًا في منع خيار الشرط في عقد الصرف، وكذا كل بيع يكون القبض شرطًا لصحة البيع فيه كبيع المال الربوي بمثله.

هذا ملخص مذهب الحنابلة(٣).

الخلاصة من هذا العرض:

الأول: أن الحنفية أوسع المذاهب الفقهية في العقود التي يدخلها الخيار، فلم تقصر خيار الشرط على عقد البيع فقط، بل في كل العقود اللازمة القابلة للفسخ، بينما الجمهور ذهبوا إلى قصر الخيار على عقد البيع، والمالكية والحنابلة أخذوا البيع بمفهومه العام، فيدخل في ذلك عقد الإجارة، وقسمة

---

(١) بهامش الفروع (٤/ ٨٤): قال ابن عقيل في الفصول: «فأما السلم فحكمه حكم الصرف، لا يدخله خيار الشرط رواية واحدة، ويدخله خيار العيب رواية واحدة، وهل يدخله خيار المجلس على روايتين، كالصرف سواء؛ لأن كل واحد منها يشترط له القبض قبل التفرق».

(٢) الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٠)، ونقل هذا أيضًا عن ابن تيمية: ابن مفلح في الفروع (٤/ ٨٤)، الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٢٠٣)، المغني (٤/ ٢٣، ٢٤).

التراضي، والصلح بمعنى البيع خلافًا للشافعية والذي يعتبر مذهبهم أضيق المذاهب في هذه المسألة.

الثاني: أدخل الحنفية العقود اللازمة ولو من جانب واحد كالرهن، فأثبتوا الخيار للراهن لأن العقد في حقه لازم بخلاف المرتهن؛ لأن العقد في حقه جائز، وهذا خلاف للجمهور.

الثالث: اتفق الأئمة على عدم ثبوت الخيار في عقد الصرف، واختلفوا في عقد السلم، فمنعه الجمهور خلافًا للمالكية حيث أجازوا الخيار فيه في مدة يسيرة اليومين والثلاثة بشرط عدم نقد الثمن، والصواب مع الجمهور، ويدخل في الصرف بيع ما يعتبر القبض شرطًا في صحته كبيع المال الربوي بمثله.

الرابع: انفرد المالكية في أنه لا يجوز اشتراط نقد الثمن في بيع الخيار خلافًا للجمهور[١]؛ لأن اشتراط النقد يجعل الثمن مترددًا بين السلفية إذا لم يتم البيع، والثمنية إذا تم البيع، وهو ممنوع للغرر بعدم معرفة ما يؤول إليه الحال، وإذا حصل النقد تطوعًا من غير شرط جاز لضعف التهمة في تردد الثمن بين السلفية والثمنية[٢].

---

(١) جاء في البيان للعمراني (٥/ ٣٥): «لا يكره نقد الثمن في خيار المجلس، ولا في خيار الشرط، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: يكره؛ لأنه يصير في معنى بيع وسلف؛ ولأنه إذا نقده الثمن، ثم تفاسخا، صار كأنه أقرضه، فيجتمع بيع وقرض».
وقال في كشاف القناع (٣/ ٢١٠): «ولا بأس بنقد الثمن، وقبض المبيع في مدة الخيار، سواء كان خيار مجلس أو شرط...».

(٢) يفرق المالكية بين النقد في بيع الخيار، فلا يجوز شرط النقد فيها، ويجوز النقد تطوعًا، وبين النقد في بيع الشيء الغائب على الخيار وكذا النقد في كراء الشيء بشرط الخيار، أو النقد في عقد السلم على الخيار فلا يجوز النقد في هذه الأشياء الثلاثة مطلقًا بشرط أو بدونه.

=

هذا ما يمكن تلخيصه من العرض السابق لأقوال الفقهاء، والذي أميل إليه أن مذهب الحنفية: هو أقوى المذاهب هنا؛ لأن الخيار إنما شرع من أجل الفسخ، في عقد لازم، فإذا كان العقد اللازم يقبل الفسخ، كان اشتراط الخيار فيه سائغًا، ولا معنى لقصره في عقد البيع، فإن هذه ظاهرية لا تليق بعقود المعاملات المبنية على التعليل، والله أعلم.



= **ووجه الفرق:**

أن النقد في بيع الخيار: هو التردد بين السلفية والثمنية، وهي إنما تؤثر مع اشتراط النقد، والعلة في منع النقد في بيع الغائب والكراء، وعقد السلم: هو فسخ ما في الذمة في مؤخر، وهو من فسخ الدين في الدين وهذا ممنوع.



المبحث الحادي عشر
الملك والتصرف في زمن الخيار

سبق أن ناقشنا هاتين المسألتين مفرقتين في خيار المجلس، ولما كان خيار المجلس لا يراه الحنفية والمالكية بخلاف خيار الشرط والذي يرى صحته الأئمة الأربعة كان لا بد من إعادة البحث في خيار الشرط، لنستوعب الأقوال.

[م-٥٠٢] وقد اختلف الفقهاء في ملك المبيع والثمن، وحكم التصرف في زمن الخيار، إلى أقوال:

القول الأول: مذهب الحنفية:

يختلف القول عند الحنفية بين أن يكون الخيار للبائع والمشتري معًا، وبين أن يكون الخيار لأحدهما.

فإن كان الخيار لهما: فإن المبيع لم يخرج عن ملك البائع، والثمن لم يخرج عن ملك المشتري، فليس للبائع أن يتصرف في الثمن، كما أنه ليس للمشتري أن يتصرف في المبيع، وأما تصرف البائع في المبيع فإنه جائز، ويعتبر ذلك منه فسخًا، ومثله تصرف المشتري في الثمن.

وجه ذلك:

أن الخيار إذا كان لهما لم يثبت حكم العقد أصلًا؛ فلا يزول المبيع عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري، وكذا الثمن؛ لأن المانع من انعقاد الحكم، وهو الخيار موجود في الجانبين جميعًا.

وإن كان الخيار للبائع وحده فالمبيع لم يخرج عن ملكه بالاتفاق[١]، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه، ويخرج الثمن عن ملك المشتري بالاتفاق؛ لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك البائع؟

عند أبي حنيفة: لا يدخل، وعند أبي يوسف ومحمد يدخل.

❑ وجه قول أبي حنيفة:

إذا كان المبيع لم يخرج عن ملك البائع، فلو قلنا: إن الثمن يدخل في ملكه اجتمع للبائع ملك المبيع وملك الثمن في آن واحد، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك رجل واحد.

❑ وجه قول أبي يوسف ومحمد:

لما اتفقنا أن الثمن قد خرج عن ملك المشتري[٢]، وجب أن يدخل في ملك البائع؛ كيلا يصير سائبًا بغير مالك؛ لأنه لا يمكن أن يكون الثمن زائلًا عن ملك المشتري وصائرًا إلى غير مالك، فإن مثل هذا لا عهد لنا به في الشرع.

وإن كان الخيار للمشتري وحده، فالثمن لم يخرج عن ملكه بالاتفاق، ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إن كان عينًا، ولا يستحقه على المشتري إن كان دينًا، ويخرج المبيع عن ملك البائع بالاتفاق، حتى لا يجوز له التصرف فيه؛ لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك المشتري؟

عند أبي حنيفة: لا يدخل، وعند صاحبيه: يدخل.

---

(١) المقصود (بالاتفاق) أبو حنيفة وصاحباه، أو المقصود بالاتفاق بالمذهب، وليس المراد حكاية الإجماع.

(٢) أذكر القارئ بأن المقصود بالاتفاق: اتفاق أبي حنيفة مع صاحبيه، وليس المقصود به حكاية الإجماع.

❑ وجه قول أبي حنيفة:

إذا كان الثمن لم يخرج عن ملك المشتري، فلو قلنا: إن المبيع يدخل في ملكه اجتمع للمشتري ملك المبيع وملك الثمن في آن واحد، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك رجل واحد.

❑ وجه قول أبي يوسف ومحمد:

لما خرج المبيع عن مالك البائع، وجب أن يدخل في ملك المشتري؛ كيلا يصير سائبة بغير مالك، لأنه لا يمكن أن يكون المبيع زائلًا لا إلى مالك[(١)].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الصاحبين، فقد جاء فيها: «إذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع، وصار ملكًا للمشتري...»[(٢)].

هذا ملخص مذهب الحنفية فيما يتعلق بالملك، وفي التصرف في زمن الخيار، في حالة ما كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما.

القول الثاني: مذهب المالكية:

يرى المالكية أن بيع الخيار منحل حتى ينعقد، وهذا يعني أن المبيع في مدة الخيار للبائع لم ينتقل؛ إذ الأملاك لا تنتقل إلا بتمام الرضا، والخيار ينافي تمام الرضا، فعقد الخيار عقد منحل، وإمضاؤه بعد ذلك نقل جديد للملكية، وليس تقريرًا للعقد الأول، وهذا معنى قول العلماء: إن بيع الخيار منحل، ولا فرق على المذهب في الخيار بين أن يكون لهما أو لأحدهما[(٣)].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٤٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٤، ٢٦٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٢٦، ٢٧)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٧٢ - ٥٧٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١٦).

(٢) انظر المادة (٣٠٩).

(٣) بيع الخيار: هل هو عند المالكية منحل أصلًا؟ وإنما ملك من له الخيار انعقاده، أو هو منعقد، وإنما ملك من له الخيار حله؟
=

القول الثالث: مذهب الشافعية:

الملك زمن الخيار لا فرق فيه عند الشافعية بين خيار المجلس وخيار الشرط، وقد تم تحرير الأقوال في خيار المجلس، ونقتصر هنا على القول المعتمد في

= قولان في مذهب المالكية:
الأول: ما قدمناه في المتن، أنه منحل حتى ينعقد، جاء في التاج والإكليل (٦/ ٣٢٣): «ظاهر المذهب، ونص اللخمي، والباجي، وابن رشد أن المبيع مدة الخيار ملك لبائعه، فالإمضاء نقل».
وجاء في حاشية الدسوقي (٣/ ٩): «قال في التوضيح: المعروف من المذهب انحلاله».
وقال أيضًا (٣/ ١٠٣): والملك للمبيع بخيار في زمنه للبائع، وهذا هو المعتمد».
وفيه قول آخر عند المالكية: أن بيع الخيار منعقد، والملك فيه في زمن الخيار للمشتري. لكن ملكه غير تام؛ لاحتمال رده.
انظر حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٣).
فعلى الأول: يصح الخيار في النكاح والصرف، إذ لا عقد يخاف من جريان الأحكام عليه.
وإذا اشترى الرجل أباه بالخيار له، لم يعتق عليه؛ لأن بيع الخيار منحل حتى ينبرم.
كما أن ما حدث في أيام الخيار من غلة، كلبن، وبيض، وثمرة، ونحو ذلك للبائع.
كما أن الضمان منه، والنفقة، وصدقة الفطر عليه.
كما أنه لا شفعة في الخيار إلا بعد الإمضاء.
انظر إيضاح المسالك (ص٣٠٧، ٣٠٨).
وعلى الثاني: بأن بيع الخيار منعقد حتى ينبرم لا يصح الخيار في النكاح والصرف؛ لأنه لا تجري فيه أحكام النكاح من موارثة ونحوها، ويكون متراخيًا في الصرف.
وعبارة المقرئ في قواعده كما في إيضاح المسالك، هامش (ص٣٠٧): «اختلف المالكية في عقود الخيار، أهي منحلة حتى تنعقد، وإنما ملك من ملكه ربط العقد، فيصح في النكاح والصرف، إذ لا عقد يخاف من جريان الأحكام فيه، أو تراخي القبض - يعني في الصرف - أو منعقدة حتى تنحل، وإنما ملك من هو له نقضه فلا يصح فيهما؟ إذ لا تجري فيه أحكام النكاح من الموارثة ونحوها، أو يكون متراخيًا».
وارجع إذا أردت الاستزادة إلى كتاب القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، للدكتور حسن زقور أستاذ الفقه المالكي وأصوله في جامعة وهران في الجزائر (٢/ ٧٣٩).

مذهبهم، ومن أراد الاطلاع على بقية الأقوال فليراجع الخلاف في خيار المجلس، فقد ذكرناها هناك فأغنى عن إعادتها هنا:

والراجح عند الشافعية: أن الخيار إن كان للعاقدين، فالملك موقوف، فإن تم البيع تبين أن ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع من حين العقد، وإن فسخ العقد تبين أن المبيع لم يخرج عن ملك البائع، ولم يخرج الثمن عن ملك المشتري من العقد.

وجهه: لما كان البائع ممنوعًا من التصرف في الثمن إلا بإذن المشتري، والمشتري ممنوعًا من التصرف في المبيع إلا بإذن البائع، كان ذلك دليلًا على عدم انتقال الملك، فإما أن نقول: إن الثمن والمثمن بلا مالك، وهذا لا يمكن مع قيام العقد، أو نقول: إن الملك موقوف إلى أن يختار كل منهما لزوم العقد، وهذا هو المتعين.

وإن كان الخيار لأحدهما فالملك لمن له الخيار، وحيث حكم بملك ا لمبيع لأحدهما حكم بملك الثمن للآخر.

فإن كان الخيار للبائع: فله ملك المبيع بتوابعه، وللمشتري ملك الثمن بتوابعه.

وإن كان الخيار للمشتري، فله ملك المبيع بتوابعه، وللبائع ملك الثمن بتوابعه[1].

وجهه: أن من كان له الخيار وحده فإنه مأذون له في التصرف؛ لأن تصرفه لن يؤدي إلى إسقاط خيار صاحبه، وجواز التصرف دليل على ثبوت الملك.

---

(١) انظر أسنى المطالب (٢/ ٥٣)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩، ٢٠)، مغني المحتاج (٢/ ٤٤، ٤٨)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٩، ٣٠)، نهاية الزين (ص٢٣٢، ٢٣٣)، حاشية الجمل (٣/ ١١٦).

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة في المشهور عندهم أن ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما.

وقد استوعبنا ذكر أدلتهم في الملك زمن خيار المجلس، فلا داعي للتكرار.

وأما الحكم في التصرف:

فإن كان الخيار لهما (لكلا العاقدين) فليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع ولا في عوضه مدة الخيار؛ لأن تصرفه يؤدي إلى إبطال حق صاحبه، وهذا لا يجوز.

وإن كان الخيار لواحد منهما:

فإن كان للمشتري وحده صح تصرفه في المبيع؛ لأن تصرفه صادر من مالك تام الملك، جائز التصرف، فنفذ كما بعد انتهاء الخيار، ولأن تصرفه في المبيع دليل على رضاه به، وإمضائه للبيع.

وإن كان الخيار للبائع وحده: فإن تصرف في المبيع لم ينفذ. قال المرداوي: وهذا الصحيح من المذهب... وهو من المفردات.

وعللوا ذلك: بأن البائع لا يملك المبيع بعد بيعه[(١)].

وإن تصرف البائع بالثمن، نفذ تصرفه، وبطل خياره؛ لأن تصرفه في الثمن دليل على رضاه وإمضائه للبيع.

هذا ملخص مذهب الحنابلة عليهم رحمة الله.

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٨٤)، وانظر الكافي (٢/ ٤٨، ٤٩)، المبدع (٤/ ٧٢).

❑ **الراجح:**

هذه المسألة من أهم المسائل في خيار التروي: الملك والتصرف زمن الخيار من يستحقه؟

وقد رجحت مذهب الحنابلة؛ لأن الأدلة في حقهم ظاهرة، والخلاف فيها قوي، والأدلة فيها متنازعة، لكني أرى أن أدلة الحنابلة تستند إلى أحاديث ونصوص شرعية ذكرتها في مباحث خيار المجلس، وغالب أدلة المذاهب مبنية على تعاليل فيها قوة، لكنها لا تقابل أدلة الحنابلة، إلا أن الخيار إذا كان للبائع، وتصرف في المبيع كان ذلك دليلًا على اختيار الرجوع، والله أعلم.





فرع
استعمال المبيع زمن الخيار

[م-٥٠٣] ذهب الجمهور إلى أن المشتري إذا اشترى المبيع، واستعمله في زمن الخيار، فإن كان المقصود من الاستعمال تجربة المبيع، فإن خياره لا يبطل، ولا يعتبر استعماله إجازة للبيع، وإن خرج ذلك عن تجربة المبيع إلى الاستعمال، فإن هذا يبطل خياره، ويعتبر إمضاء للبيع[1].

---

(١) جاء في بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠): «ولو كان المبيع دابة، فركبها، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة. . . ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره ؛ لأنه لا بد له من ذلك للاختيار بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعدما علم بالعيب أنه يبطل خياره ؛ لأن له منه بدًا، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها، فكان دليل الرضا بالعيب. ولو كان المبيع ثوبا، فلبسه ؛ لينظر إلى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره ؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا، فلم يكن منه بد، ولو ركب الدابة ؛ ليعرف سيرها، ثم ركبها مرة أخرى، يُنْظَر: إن ركبها لمعرفة سير آخر غير الأول بأن ركبها مرة ؛ ليعرف أنها هملاج، ثم ركبها ثانيًا ليعرف سرعة عدوها، فهو على خياره ؛ لأن معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة إليها في بعض الدواب، وإن ركبها لمعرفة السير الأول قالوا: يسقط خياره، وكذا في استخدام الرقيق إذا استخدمه في نوع، ثم استخدمه في ذلك النوع، قالوا: يسقط خياره، وبعض مشايخنا قالوا: لا يسقط؛ لأن الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة، لجواز أن الأول، وقع اتفاقا، فيحتاج إلى التكرار لمعرفة العادة، وفي الثوب إذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض، ثم لبسه ثانيا يسقط خياره ؛ لأنه لا حاجة إلى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة».

وجاء في المنتقى (٥/ ٥٨): «ولو كانت دابة قطع ذنبها المبتاع. . . أو سافر بها، فذلك كله إجازة منه للبيع، قاله ابن القاسم قال: ولو ركبها إلى موضع قريب فهو على خياره؛ لأنه يقول: ركبتها لأختبرها، ولذلك شرط الخيار».

قلت: ما نقله الباجي مذكور في المدونة، جاء فيها (٤/ ١٨٠): «قلت: فإن ركبها في حاجة، ولم يسافر عليها؟ قال: إذا كان ذلك قريبًا، وكان شيئًا خفيفًا رأيته على خياره؛ لأنه يقول: إنما ركبتها لأختبرها، وعلى هذا يأخذ الناس الدواب ليختبروا». =

قال الكرابيسي الحنفي في الفروق: «إذا اشترى دابة أو قميصًا على أنه بالخيار، فركبها في حاجته لينظر إليها وإلى سيرها، أو لبس القميص لينظر إلى قدره عليه، فهو على خياره.

ولو اشتراها، فوجد بها عيبًا، فركبها، أو لبس القميص، كان هذا رضا بالعيب.

والفرق: أن شرط الخيار للاختبار، وهذه الأشياء مما يقع بها الاختبار فلم يكن مختارًا، وأما في العيب، فليس له أن يختبر.

وجه آخر: أنه خير ليختبر، فلم يكن ركوبه ولبسه للاختبار اختيارًا.

وأما في العيب فلم يجعل له أن يختبر، فصار باختباره مختارا»[(١)].

[م-٥٠٤] وهل يملك المشتري مطالبة البائع بتجربة المبيع إذا اشترط الخيار، أو لا يملك ذلك إلا بالشرط؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يملك المشتري مطالبة البائع بتجربة المبيع، ولو بدون شرط، وهذا مذهب الجمهور[(٢)]، واختاره أبو عمران من المالكية، وقال الحطاب: وهو الصحيح[(٣)].

= وانظر أسنى المطالب (٢/ ٥٣)، و البيان للعمراني (٥/ ٣٦)، والمغني (٤/ ٩)، تصحيح الفروع (٤/ ٨٩).

وقال في الإنصاف (٤/ ٣٨٧، ٣٨٨): «قال في الحاويين: وما كان على وجه التجربة للمبيع، كركوب الدابة لينظر سيرها، أو الطحن عليها ليعلم قدر طحنها، أو استخدم الجارية في الغسل والطبخ والخبز لا يبطل الخيار رواية واحدة».

(١) الفروق (٢/ ٦٢، ٦٣).

(٢) قال في تصحيح الفروع (٤/ ٨٩): «قال في الرعاية الكبرى: وله تجربته واختباره» فالتعبير بكلمة (وله) أي هذا من الاستحقاق الذي يعطيه له اشتراطه الخيار.

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٤١١).

القول الثاني:

أن الخيار إن كان للتروي في الثمن لم يكن له قبض السلعة. وبالتالي ليس له حق في تجربة المبيع، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية.

وإن كان الخيار ليختبره جاز له قبضه، وإذا امتنع البائع من دفع المبيع للمشتري ليختبره، وقال: إنما فهمت عنه المشورة، لا أن أدفع سلعتي إليه، فذلك للبائع، ولا يدفع للمشتري ليختبره إلا بشرط؛ لأن الخيار تارة للمشورة، وتارة للاختبار، ولا يلزم الاختبار إلا بشرط[١].

ولأن خيار الشرط إذا أطلق يراد به غير تجربة المبيع كالمشاورة والتروي في الثمن، فلا بد من اشتراط التجربة.

والصحيح أن المشتري يملك ذلك من غير شرط:

لأن اشتراط الخيار يقصد لأحد أمور ثلاثة:

أحدها: للتروي في الثمن، ليقف على غلائه من رخصه.

والثاني: ليؤامر نفسه في العزم على الشراء، مع علمه بموضع الثمن من الغلاء والرخص.

والثالث: ليختبر المبيع.

فالخيار يعطيه كل هذه الحقوق مدة الخيار؛ إلا أن تجربة المبيع يجب أن تكون بقدرها، ولا يؤدي ذلك إلى استعمال المبيع، فإن أدى ذلك إلى استعمال المبيع كان ذلك بالأجرة إن اختار الفسخ، كما في شرط الخيار في عقد الإجارة على مدة تلي العقد، والله أعلم.

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤١٥، ٤١٦)، منح الجليل (٥/ ١٢١).



المبحث الثاني عشر
الانتفاع من المبيع بغير تجربته

[م-٥٠٥] اختلف الفقهاء في استخدام المبيع من قبل المشتري في غير تجربة المبيع على أقوال:

القول الأول:

ذهب المالكية إلى المنع مطلقًا إلا بثمن، قال ابن رشد: «لا يجوز للمبتاع اشتراط الانتفاع بالمبيع أمد الخيار إلا قدر ما يقع به الاختبار، كاستخدام العبد في الشيء اليسير الذي لا ثمن له»(١).

وأجاز المالكية استخدامه بالأجرة؛ لأن ذلك من غلة المبيع، وغلته للبائع(٢).

---

(١) التاج والإكليل (٤/ ٤١٠)، وقال ابن جزي في القوانين الفقهية (ص١٨٠): «لا يجوز للمشتري اشتراط الانتفاع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقيد الاختبار، فإنه إن لم يتم البيع بينهما كان انتفاعه باطلًا من غير شيء».
وعلل الدسوقي بنحو ذلك، حيث يقول (٣/ ١٩٦): «لأنه غرر أيضًا؛ إن لم يتم البيع كان قد انتفع بالسلعة باطلًا من غير شيء».
وقسم المالكية استعمال المبيع إلى أقسام:
الأول: لا يجوز استعمال المبيع لغير تجربة المبيع، سواء كان الاستعمال يسيرًا أو كثيرًا بلا مقابل.
الثاني: جواز استعمال المبيع مقابل الأجرة، كثيرًا كان أو قليلًا.
الثالث: جواز اليسير منه بلا مقابل إن كان الاستعمال بقصد تجربة المبيع. حاشية العدوي على الخرشي (٥/ ١١٠).

(٢) انظر الشرح الكبير (٣/ ٩٥)، التاج والإكليل (٤/ ٤١٥) مطبوع بهامش مواهب الجليل، وانظر مواهب الجليل (٤/ ٤١٥).

القول الثاني:

أجازه الشافعية في أصح الوجهين مطلقًا، ولم يعتبروا استخدام المبيع فسخًا للخيار(١).

جاء في أسنى المطالب: «يجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع في زمن الخيار، كركوب الدابة واستخدام الرقيق»(٢).

وهذا يعني: سواء كان استخدامه للتجربة، أو للانتفاع.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٥٧)، المجموع (٩/ ٢٤٢)، أسنى المطالب (٢/ ٥٣)، البيان للعمراني (٥/ ٣٦).

(٢) أسنى المطالب (٢/ ٥٣)، وقال العمراني في البيان (٥/ ٣٦): «وإن ركب الدابة من له الخيار في حال الخيار، فهل يبطل خياره؟ فيه وجهان:
أحدهما: يبطل خياره؛ لأن ذلك تصرف يفتقر إلى الملك.
والثاني: لا يبطل؛ لأنه يحتمل أنه ركبها للتجربة، فلا يبطل خياره بذلك».
وقال النووي في المجموع (٩/ ٢٤٢): «أصحهما لا يكون فسخًا، وزيف إمام الحرمين قول من قال: الركوب والاستخدام فسخ، وقال: هو هفوة».
وقال النووي في روضة الطالبين (٣/ ٤٥٧): «إذا كان الخيار للبائع... فعلى الصحيح، لو قبل أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة، لا يكون فسخًا على الأصح، وكذا الركوب والاستخدام». وهذا النص وإن كان في حق البائع، لكن ما ثبت في حق البائع ثبت في حق المشتري، ولذلك قال في شرح الوجيز (٨/ ٣٢٢): «وما جعلناه فسخًا من البائع، فهو إجازة من المشتري إن وجد».
وقال في شرح الوجيز (٨/ ٣٢٢): «الأظهر في المذهب أنهما - يعني الركوب والاستخدام- لا يتضمنان الفسخ».
وقال في مغني المحتاج (٢/ ٤٩): «ومقدمات الجماع كاللمس بشهوة، والقبلة - يعني للأمة المشتراة بشرط الخيار - ليست فسخًا، كاستخدامه الرقيق، وركوبه الدابة...».
وقال في نهاية المحتاج (٤/ ٢٢): «فإن باشر فيها فيما دون الفرج، لم يكن فسخًا كالاستخدام».

القول الثالث:

المشهور في مذهب الحنابلة أن الخيار إذا كان للعاقدين فإنه يحرم، ولا يصح تصرف أحدهما في المبيع إلا بإذن الآخر، ولم يستثنوا من ذلك إلا تجربة المبيع(١).

إلا أن الحنابلة أجازوا الانتفاع بالمبيع إن كان ذلك بإذن البائع، بشرط أن يكون الإذن حادثًا بعد العقد، ولم ينوياه في العقد، فإن أراده قبل العقد، أو دخلا في العقد على اشتراط انتفاع المشتري بغلة المبيع بطل البيع؛ لأن الذي يقبضه البائع بمثابة القرض، فيكون حيلة ليربح فيما أقرض.

قال العنقري في حاشيته، تعليقًا على قوله في المتن: (ويحرم ولا يصح تصرف أحدهما في المبيع، وعوضه المعين فيها بغير إذن الأخر).

قال العنقري: «مراده إذا كان الإذن ونيته حادثين من البائع والمشتري بعد العقد، لم يريداه، ولم ينوياه في العقد، بل دخلا في البيع على أصله الشرعي، ثم حدث هذا الإذن بعد ذلك، وإلا فإن أراده ونوياه قبل العقد، ودخلا في البيع عليه، وعلى انتفاع المشتري بغلة المبيع حرم، وبطل البيع؛ لأن الذي يقبضه

---

(١) قال الزركشي (٣/ ٣٩٥): «واعلم أنه لا يصح تصرف المشتري فيما صار إليه، ولا تصرف البائع فيما بذل له بشيء في مدة الخيار على المشهور من الروايتين، حذرًا من إبطال حق الغير من الخيار، أو التصرف في غير ملك.
والثانية: يقع التصرف موقوفًا على انقضاء الخيار... فإن انقضى ولا فسخ صح التصرف، وإن فسخ من لم يتصرف بطل التصرف، ويستثنى من ذلك العتق، فإنه يصح ممن له الملك بلا نزاع نعلمه عندنا».
تعمدت ألا أبحث مسائل العتق في زمن الخيار؛ لأن أمر العتق غير عملي في هذا العصر، والله أعلم.

البائع قرضًا، فكان هذا الخيار المشروط حيلة ليربح في القرض»[١].

وقال في الإنصاف: «لو شرط خيار الشرط حيلة ليربح فيما أقرضه لم يجز، نص عليه، وعليه الأصحاب.

قال المرداوي: وأكثر الناس يستعملونه في هذه الأزمنة ويتداولونه فيما بينهم، فلا حول ولا قوة إلا بالله»[٢].

وقال ابن قدامة: «قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء، ويقول: لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار؟

قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة؛ أراد أن يقرضه، فيأخذ منه العقار، فيستغله، ويجعل له فيه الخيار، ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة. فإن لم يكن أراد هذا، فلا بأس.

قيل لأبي عبد الله: فإن أراد إرفاقه، أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب، فاشترى منه شيئًا، وجعل له الخيار، ولم يرد الحيلة؟

فقال أبو عبد الله: هذا جائز، إلا أنه إذا مات انقطع الخيار، لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به إلا بإتلافه، أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار؛ لئلا يفضي إلى أن القرض جر منفعة»[٣].

---

(١) حاشية العنقري (٢/ ٧٦).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٧٤)، وانظر الفروع (٤/ ٨٤).

ومثال ذلك: أن يبيع عليه بيتًا بمائة ألف مقبوضة لينتفع بالبيت ونحوها، على أنه متى أتى بالمائة فسخا البيع، وإنما توصل بالعقد ليربح في قرض، فلا يصح البيع.

(٣) المغني (٤/ ٢٣).

مناقشة الأقوال:

المالكية هم أضيق المذاهب في استخدام المبيع وتجربته، حتى إنهم رأوا في بعض المبيع أنه لا يحتاج حتى التجربة، وذلك في مثل شراء الثوب.

قال في التاج والإكليل: «(أو لبس ثوب) أشهب: لا يَشْتَرط لبس الثوب؛ لأنه لا يختبر باللبس كما تختبر الدابة بالركوب، والعبد بالاستخدام»[1].

وأوسع المذاهب مذهب الشافعية حيث رأوا أن لمس الأمة وتقبيلها بشهوة ومباشرتها لا يبطل الخيار.

وأما مذهب الحنابلة فهو وسط بين طرفين:

منعوا ذلك في حالتين:

الأولى: إذا لم يأذن البائع، وكان الخيار لهما؛ لأن في تصرفه تعديًا على حق صاحبه، لأن علق البائع لم تنته بعد.

الثانية: إذا كان ذلك مشروطًا في العقد؛ لأنه يؤدي ذلك إلى التحايل ليربح فيما أقرض.

فأرى أن مذهب الحنابلة هو أقواها، ويتمشى مع القواعد، والله أعلم.



(١) التاج والإكليل (٤/ ٤١٥).



المبحث الثالث عشر
في تسليم المبيع والثمن زمن الخيار

[م-٥٠٦] اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البدلين في مدة الخيار في حال الإطلاق، وعدم اشتراط التسليم(١)، إلا ما سبق بحثه، هل تجربة المبيع من حق المشتري ولو لم يشترط، أو لا يحق له ذلك إلا بالاشتراط، وقد سبق بحث هذه المسألة.

قال النووي: «قال أصحابنا: لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليمه الثمن في مدة الخيار...»(٢).

وجاء في قواعد ابن رجب: «إن كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الإجارات من خلافه، وصرح به الأزجي في نهايته.

ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون إذن صريح من البائع نص عليه أحمد في رواية ابن الشالنجي»(٣).

وعلل الحنابلة ذلك بقوله: لعدم انقطاع علق من له الخيار عنه(٤).

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٤٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٥٠)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٩)، مواهب الجليل (٤/ ٤١٥)، شرح الوجيز (٢/ ٣٢١)، حواشي الشرواني (٤/ ٤٢٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٥٥).

(٢) المجموع (٩/ ٢٦٤)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٢٠)، حاشية الجمل (٣/ ١٧٥).

(٣) القاعدة الثامنة والأربعون (ص٦٩)، وانظر الإنصاف (٤/ ٤٥٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٧)، كشاف القناع (٣/ ٢٤٠، ٢٤١).

(٤) مطالب أولي النهى (٣/ ١٤٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٧).

جاء في البحر الرائق: «لو كان الخيار إلى البائع، فسلم المبيع إلى المشتري، فلو سلمه على وجه التمليك بطل خياره، لا لو سلمه على وجه الاختبار...»[١].

[م-٥٠٧] وإذا سلم أحدهما تطوعًا، وامتنع الآخر، فقد اختلف الفقهاء:

فالحنفية يرون أنه إن امتنع عن التسليم من له الخيار لم يجبر على التسليم.

وإن دفع المشتري الثمن، والخيار له أجبر البائع على تسليم المبيع.

وإن كان الخيار للبائع، ودفع المبيع أجبر المشتري على تسليم الثمن.

جاء في البحر الرائق: «إذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري بالثمن بخلاف ما إذا كان للمشتري»[٢].

وجاء في الفتاوى الهندية: «ولو دفع المشتري الثمن وكان الخيار له: أجبرت البائع على دفع المبيع إليه. ولو دفع البائع المبيع أجبرت المشتري على دفع الثمن.

ولو كان الخيار للبائع، ونقد المشتري الثمن، وأراد أن يقبض العبد، فمنعه البائع، فله ذلك، غير أنه يجبر البائع على رد الثمن»[٣].

وقال النووي في المجموع: «فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع، هذا هو المذهب.

وفيه وجه ضعيف أنه ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بغير رضاه، وممن حكى هذا الوجه الرافعي»[٤].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٠).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٠).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٤٢).

(٤) المجموع (٩/ ٢٦٤).

❑ الراجح:

أن المشتري إن طالب البائع تسليمه المبيع للتجربة لم يمنع من ذلك، ولكن تقدر بقدرها، فإن كان الخيار لهما لم يجبر أحد منهما على تسليم ما في يده مدة الخيار؛ لأن من له الخيار لم تنقطع علقه منه.

وإن كان الخيار لأحدهما، ودفع ما معه لصاحبه لا يجوز أن يمتنع الطرف الآخر؛ لأن البيع في حقه لازم، وقد استلم العوض، فلا يمكن أن يدعي أنه يخشى تلفًا أو تغيرًا؛ فلا معنى للامتناع عن تسليم ما معه، والخيار ليس في حقه، والله أعلم.





المبحث الرابع عشر
النماء في زمن الخيار

[م-٥٠٨] النماء في زمن الخيار مبني على ثبوت الملك فيه، فمن كان له الملك في زمن الخيار استحق النماء، وقد سبق بحث هذه المسألة في خيار المجلس بشيء من التفصيل، وعرضنا للخلاف في النماء المتصل والمنفصل كل مسألة على انفراد إلا أن الخلاف فيهما كان محصورًا بين الشافعية والحنابلة، بخلاف مذهب الحنفية والمالكية، فإننا لم نتعرض لهما؛ لأنهما لا يقولان بخيار المجلس، فلا بد من الإشارة إليهما في خيار الشرط لتستكمل الأقوال.

اختلف الفقهاء فيمن يستحق النماء في زمن الخيار، إلى أقوال:

القول الأول: مذهب الحنفية:

قسم الحنفية الزيادة إلى قسمين: زيادة متصلة، وزيادة منفصلة.

والزيادة المتصلة تنقسم إلى قسمين:

(أ) زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كما إذا كان ثوبًا، فصبغه، أو سويقًا فلتَّه بسمن، أو كان أرضًا فبنى عليها، أو غرس فيها، فهذه الزيادة للمشتري قولًا واحدًا في المذهب؛ لأن الزيادة في الأصل تمنع رد المبيع، بحيث يلزم العقد ويسقط الخيار.

(ب) زيادة متصلة متولدة من الأصل، كالحسن والجمال، والسمن، والبرء من المرض، وانجلاء البياض من العين، ونحو ذلك.

فهذه حكمها لا يختلف عن حكم سابقتها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أنها تمنع الرد وتسقط الخيار، ويلزم العقد، وتكون للمشتري.

وعند محمد: لا تبطل الخيار، لأنها عنده لا تمنع الرد، فإن اختار الفسخ ردها مع الأصل، وإن اختار البيع صارت ملكًا للمشتري.

وإن كانت الزيادة منفصلة، فهي تنقسم أيضًا إلى قسمين:

(أ) زيادة متولدة من الأصل كالولد، والثمر، واللبن، ونحوها، أو كانت غير متولدة من الأصل لكنها بدل الجزء الفائت كالأرش، فهذه للمشتري؛ لأنها تبطل الخيار، وتمنع من رد المبيع.

(ب) وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل: كالصدقة، والكسب، والغلة؛ فاختار أبو حنيفة: أن الزيادة لا تمنع الرد، فلا تبطل الخيار، فإن اختار البيع فالزوائد له مع الأصل؛ لأنها تبين أنها كسب ملكه، فكانت ملكه، وإن اختار الفسخ رد الأصل مع الزائد.

واختار أبو يوسف ومحمد: أن الزيادة للمشتري[١].

❑ وجه قول أبي حنيفة:

أن ملك المبيع كان موقوفًا، فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه، فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع، فيردها إليه مع الأصل.

❑ وجه قول أبي يوسف ومحمد:

أن المبيع دخل في ملك المشتري، فكانت الزوائد حاصلة على ملكه، والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة، فبقيت على حكم ملك المشتري[٢].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩٢)، البحر الرائق (٦/ ٩).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩٢)، البحر الرائق (٦/ ٩).

القول الثاني: مذهب المالكية:

غلة الشيء المبيع في مدة الخيار تكون لمالك المبيع، وهو البائع سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، إلا أن يشترطه المشتري، وسواء كانت أجرة عقار، أو غلة ثمار مؤبرة، أو غلة حيوان: كاللبن والبيض، ويستثنى من ذلك ما كان جزءًا باقيًا من المبيع كالولد والصوف؛ فهما للمشتري زمن الخيار إذا تم له الشراء؛ لأنهما جزء من المبيع وقت شرائه، وتكون الغلة للبائع سواء كان البيع صحيحًا أو فاسدًا[١].

كما يختار المالكية ألا يسكن في البيت الذي اشتراه بشرط الخيار، فإن سكن فيها كان ذلك بالأجرة؛ لأن الغلة للبائع، ولو شرط المشتري أن يسكنها مدة الخيار، على ألا يؤدي كراءها، لكان البيع فاسدًا؛ لأنه من بيع العربان[٢].

❑ **وجه قولهم:**

أن المبيع في مدة الخيار لا يزال على ملك البائع لم ينتقل، إذ الأملاك لا تنتقل إلا بتمام الرضا، والخيار ينافي تمام الرضا، وقد قدمنا في الخلاف السابق أن عقد الخيار عند المالكية عقد منحل، وهذا يعني أن إمضاءه بعد ذلك نقل جديد للملكية، وليس تقريرًا للعقد الأول.

القول الثالث: مذهب الشافعية:

الملك في المبيع مع توابعه المتصلة والمنفصلة لمن انفرد بخيار من بائع أو

---

(١) الخرشي (٥/ ١٢٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ٩٥، ١٠٣)، الشرح الصغير (٣/ ١٤٦)، منح الجليل (٥/ ١٣٣).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤١٠)، وقد حررنا الخلاف في بيع العربان، وأن الجمهور على منعه، وأجازه الحنابلة، وهو الراجح.

مشتر، فإن كان الخيار لهما فموقوف، فإن تم البيع، فنماء المبيع للمشتري من حين العقد، وإن فسخ، بقي نماء المبيع للبائع، وهذا مذهب الشافعية، لا فرق عند الشافعية بين النماء المتصل والمنفصل، ولا بين خيار المجلس وخيار الشرط[1].

❑ **وجه قول الشافعية:**

ملك النماء تبع لملك المبيع، فمن ملك المبيع ملك النماء، ويستحق الملك من يملك التصرف، فمن انفرد بالخيار كان هو وحده متصرفًا في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك. وإن كان الخيار لهما كان الملك موقوفًا إلى حين لزوم العقد؛ لأن كل واحد منهما ممنوع من التصرف، ولأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر، فتوقفنا، والله أعلم.

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

الصحيح من مذهب الحنابلة أن النماء المتصل تابع للمبيع، سواء تم البيع، أو فسخ، كما يتبعه في الرد بالعيب.

وأما النماء المنفصل فهو للمشتري مطلقًا، سواء اختار إمضاء البيع أو فسخه، ولا فرق في الحكم بين خيار المجلس وخيار الشرط[2].

---

(١) انظر إعانة الطالبين (٣/ ٢٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٢)، وقال في حاشية الجمل (٣/ ١١٧): إذا كان للمشتري وحده - يعني الخيار - ملك المبيع وفوائده الحادثة بعد العقد، فإن تم البيع فذاك، وإن فسخ رجع المبيع للبائع عاريًا عن الفوائد، وتضيع عليه المؤن، ويفوز المشتري بالفوائد. . . وإن كان للبائع وحده ملك المبيع والفوائد كذلك، فإن فسخ فذاك، وإن تم البيع انتقل المبيع للمشتري عاريًا عن الفوائد، وتضيع المؤن عليه».
وحيث حُكِمَ بملك نماء المبيع لأحدهما، حكم بملك نماء الثمن للآخر، وحيث وقف، وقف.

(٢) انظر المغني (٤/ ١١)، الروض المربع (٢/ ٧٥، ٧٦)، المبدع (٤/ ٧١)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١١/ ٣٠٨).

وهناك قول آخر في مذهب الحنابلة: وهو أن النماء للمشتري إن كان المبيع من ضمانه، ويكن من ضمانه إذا كان المبيع لا يحتاج إلى استيفاء[١]، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، وهو قول للحنابلة[٢].

وقد ذكرنا أدلة الحنابلة عند الكلام على نماء المال المتصل والمنفصل في زمن خيار المجلس، فأغنى عن إعادته هنا.

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها يجب أن ننظر: هل استحقاق النماء راجع إلى ثبوت الملك أم راجع إلى استقرار الضمان على المشتري؟

فإن كان النماء مستحقًا لثبوت الملك، فإن المشتري يثبت له الملك في العقد نفسه من صدور القبول مطابقًا للإيجاب.

(ح-٤٣١) لحديث ابن عمر ﷺ، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**[٣].

فبين النبي ﷺ في هذا الحديث أن من باع نخلًا فإن الملك ينتقل للمشتري مباشرة بالعقد نفسه، ولم يستثن من ذلك إلا ثمرة النخل بعد أن تؤبر، فإنها تبقى على ملك البائع إلا أن يشترطها المبتاع.

كما بين ﷺ أن من باع عبدًا فإن الملك ينتقل للمشتري مباشرة بالعقد نفسه،

---

(١) الاستيفاء: هو الكيل أو الوزن، وألحقوا به العد والذرع، كما قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝﴾ [المطففين: ١، ٢].

(٢) انظر الإنصاف (١١/ ٣٠٨).

(٣) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

ولم يستثن من ذلك إلا مال العبد، فإنه للبائع إلا أن يشترطه المشتري، فدل على أن الملك ينتقل مباشرة بنفس العقد.

وكون العقد ليس لازمًا مدة الخيار فإن هذا لا يعني عدم ثبوت الملك، كما لو اشترى رجل سلعة، ووجد بها عيبًا، فإن للمشتري الخيار بين الإمساك والرد، وهذا الخيار لا ينافي الملك، فكذلك خيار الشرط لا ينافي ملك المشتري للمبيع، وإذا ثبت له الملك ثبت له النماء؛ لأنه فرع عنه.

وإن كان استحقاق النماء راجعًا إلى شغل الذمة بالضمان، كما جاء في الأثر: الخراج بالضمان، فإن المبيع يدخل في ضمان المشتري من العقد إلا أن يكون المبيع يحتاج إلى توفية: من كيل أو وزن أو عد أو ذرع، وكما قال ابن عمر: ما أدركته الصفقة حيًا مجموعًا فهو من مال المشتري[١]. أي من ضمانه.

ولا مانع من أن يستحق الشيء بأكثر من سبب، فالنماء للمشتري لأنه نماء ملكه، وهو أيضًا داخل في ضمانه كما لو تلف، وهو لا يحتاج إلى استيفاء، والله أعلم.

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ث ١٥).

المبحث الخامس عشر
إذا تلف المبيع في زمن خيار الشرط

[م-٥٠٩] اختلف الفقهاء في المبيع إذا تلف في زمن الخيار على من يكون الضمان، وهل يبطل الخيار؟ على أقوال:

القول الأول:

مذهب الحنفية، ولهم في ذلك تفصيل على النحو التالي:

الحالة الأولى:

إذا تلف المبيع قبل القبض، فيبطل البيع، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما قولًا واحدًا.

وجهه: أن البيع لو كان باتًا لبطل، فإذا كان فيه خيار شرط كان هذا من باب أولى؛ لأنه أضعف منه، ولأن المبيع لم يخرج عن ملكه اتفاقا، ولم ينضم إلى الخيار قبض ليكون له أثر في تعديل ارتباط تبعة الهلاك بالملك.

ولأنه لا يمكنه مطالبة المشتري بالثمن بدون تسليم المبيع، وقد عجز عن التسليم، فلا فائدة في بقائه، فيفسخ، فيبطل خياره ضرورة(١).

الحالة الثانية:

إذا تلف المبيع الذي شرط فيه الخيار للبائع بعد أن قبضه المشتري ولكن بإتلاف البائع إياه، ففي هذه الصورة ينفسخ البيع، ولا يترتب شيء على المشتري.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٠٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٢)، المبسوط (١٣/ ٤٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٣).

الحالة الثالثة:

إذا تلف المبيع بعد القبض، فإما أن يكون الخيار للبائع، أو يكون الخيار للمشتري.

فإن كان الخيار للبائع، فهلك بإتلاف المشتري خلال مدة الخيار، فإن البيع يبطل، ويسقط الخيار، ويكون الضمان على المشتري، ويضمنه بالقيمة لا بالثمن(١).

❑ **وجه هذا القول:**

أن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذ كان موقوفًا، لأجل خيار البائع، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل، فبقي في يد المشتري مقبوضًا على جهة العقد (أي المعاوضة)، لا على وجه الأمانة المحضة كالإيداع والإعارة؛ لأن البائع لم يرض بقبض المشتري له إلا على جهة العقد.

أما كيفية ضمانه، فإن كان مثليًا ضمنه بالمثل، وإن لم يكن مثليًا فإنه يضمن بالقيمة لا بالثمن، والضمان بالقيمة، لا بالثمن، هو الشأن فيما قبض على جهة العقد، كالمقبوض على سوم الشراء. وقد جعل الكاساني ضمانه أولى من ضمان المقبوض على سوم الشراء(٢).

وإن كان الخيار للمشتري، وقد قبض المبيع، فهلك في يده، لا يبطل البيع، ولكن يبطل الخيار، ويلزم البيع، وعليه الثمن.

---

(١) لو قيل: إذا كان الخيار للبائع فهو مخير بين الإمضاء، وأخذ الثمن، أو الرد وأخذ القيمة؛ لأن هلاك المبيع له بدل.

(٢) انظر العناية شرح الهداية (٦/ ٣٠٦) ولم يخالف في ذلك من الحنفية إلا ابن أبي ليلى، فإنه قال: يهلك أمانة؛ وجه قوله: أن الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري، فيهلك هلاك الأمانات.
انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٢)، المبسوط (١٣/ ٤٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٣، ٧٤).

❑ وجه ذلك على أصل أبي يوسف ومحمد:

أن المشتري ملكه بالعقد، فإذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن، فإذا هلك يهلك مضمونًا بالثمن، كما كان في البيع البات.

وأما على أصل أبي حنيفة: فالمشتري وإن لم يملكه فإن هلاكه بمثابة تعيبه في يده بعيب لم يكن عند البائع؛ لأن الهلاك يكون بناء على سبب مؤثر فيه عادة، والسبب المفضي إلى الهلاك يكون عيبًا، وتعيب المبيع في يد المشتري يسقط خياره؛ لأنه يعجز عن الرد على الوجه الذي أخذه سليمًا.

وكون الضمان هنا بالثمن لا بالقيمة بينما الحالة السابقة كان الضمان بالقيمة لا بالثمن فقد أشار الحنفية إلى وجه الفرق:

أن البيع في حالة كون الخيار للبائع إذا تلف في يد المشتري انفسخ العقد ضرورة، وإذا انفسخ العقد رجعنا إلى قيمة المبيع لا إلى الثمن، ويكون ضمانه كالمقبوض على سوم الشراء، أي بالقيمة، لا بالثمن لفقدان العقد.

بينما إذا كان الخيار للمشتري وهلك المبيع في يده، فإن خيار المشتري يبطل لأنه بمنزلة حدوث العيب عند المشتري، فبدخول العيب على محل الخيار لا يملك المشتري (صاحب الخيار) الرد على البائع حال قيام العيب، كائنا ما كان العيب، فإذا اتصل به الهلاك لم يبق الرد سائغًا، فيهلك المحل بعد أن أصبح العقد لازمًا، وبلزوم العقد يجب الثمن لا القيمة[1].

الحالة الرابعة:

إذا قبضه المشتري بإذن البائع، ثم أودعه البائع فهلك في يده.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٢)، مجلة الأحكام العدلية (مادة: ٣٠٨، ٣٠٩)، البحر الرائق (٦/ ١٠)، المبسوط (١٣/ ٤٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٣، ٧٤).

فإن كان الخيار للبائع أو لهما، بطل البيع قولًا واحدًا في مذهب الحنفية.

وإن كان الخيار للمشتري، فإن البيع يبطل أيضًا عند أبي حنيفة؛ لأنه لما رده للبائع فقد ارتفع قبضه، فهلك المبيع قبل القبض.

وعند صاحبيه: يهلك على المشتري، ويلزمه الثمن؛ لأنه دخل في ملك المشتري، فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يد المشتري؛ لصحة الإيداع، باعتبار قيام الملك(١).

هذا ملخص مذهب الحنفية، مع بيان الدليل أو التعليل لقولهم.

القول الثاني: مذهب المالكية:

يرى المالكية أن الأصل في المبيع إذا تلف في زمن الخيار أنه من مال البائع، ولو قبضه المشتري.

هذا هو الأصل، ويضمنه البائع في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا تلف المبيع في يده.

الحالة الثانية: إذا تلف المبيع في يد المشتري، وكان المبيع مما لا يغاب عليه، أي لا يمكن إخفاؤه كالحيوان، ولم يظهر كذب المشتري، فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع، لقد ذهب من غير فعله.

الحالة الثالثة: أن يتلف المبيع في يد المشتري، ويكون المبيع مما يغاب عليه: أي يمكن إخفاؤه كالحلي والثياب، ويثبت تلفه ببينة تشهد أن تلفه لم يكن بسبب المشتري ولا تفريطه، ففي هذه الحالات يكون تلفه من مال البائع مطلقًا، سواء كان الخيار له، أو للمشتري، أو لهما، أو لغيرهما.

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٦)، البحر الرائق (٦/ ١٧).

ويضمن المشتري في الحالات التالية:

الحالة الأولى: أن يتلف المبيع في يد المشتري، ويكون المبيع مما لا يغاب عليه كالحيوان، ولم يظهر كذبه، وينكل عن اليمين حيث توجهت له في دعواه ضياع المبيع(١).

الحالة الثانية: أن يتلف المبيع في يد المشتري، ويكون المبيع مما لا يغاب عليه، ويظهر كذبه في دعوى تلفه، فإنه يضمنه.

الحالة الثالثة: أن يتلف المبيع في يد المشتري، والمبيع مما يغاب عليه، ولم تكن له بينة على تلفه تظهر صدق دعواه؛ فإنه يضمنه؛ لأنه يتهم أن يكون غيبه وحبسه عن صاحبه.

وفي هذه الحالات الثلاث يجب على المشتري ضمان الأكثر من الثمن أو قيمة المبيع يوم قبضه، إن كان الخيار مشروطًا للبائع؛ لأن شرط الخيار يجعله أحق بأفضل الصفقتين، فله اختيار الإمضاء، ويأخذ الثمن، إن كان الثمن أكثر، وله اختيار الرد، ليأخذ القيمة إن كانت القيمة أكثر.

ويستثنى من ذلك ما إذا كان المبيع مما يغاب عليه، وادعى المشتري هلاكه، ولم يقدر على إقامة بينة تشهد له لتعفيه من الضمان، فإنه إذا حلف أنه ضاع بغير سببه، وتفريطه، فإن يمينه لا تسقط عنه الضمان، لكن يخفف عنه بسببها، فلا يغرم مع الحلف إلا ثمن المبيع المتفق عليه، دون القيمة الزائدة.

---

(١) إن نكل عن اليمين فإنه يضمن؛ لأن الواجب عليه إذا ادعى ضياع ذلك المال أن يحلف: ما فرطت إن كان غير متهم. وإن كان متهمًا: يحلف لقد ضاع، وما فرطت، فإن امتنع عن اليمين غرم، سواء كان متهمًا يعرف عند الناس بعدم الأمانة، أو غير متهم: بأن كان معروفًا عندهم بالأمانة.

أما إذا كان الخيار للمشتري، ولزمه ضمان المبيع على النحو السابق، فالواجب عليه هو الثمن، ولا يكلف القيمة إن كانت زائدة[١].

□ وجه قول المالكية الأصل أن يكون الضمان على البائع:

الوجه الأول:

أن الغلة في بيع الخيار إذا كانت للبائع مطلقًا، فيجب أن يكون ضمانه على البائع أيضًا؛ لأن الخراج بالضمان، فمن له الغنم والانتفاع بالغلة، فعليه الغرم بتحمل ضمان الهلاك.

الوجه الثاني:

أن عقد الخيار عند المالكية يعتبر منحلًا حتى ينعقد، كما بينا في ملكية المبيع زمن الخيار، وإذا كان منحلًا فهلاك المبيع يكون على مالكه، وهو البائع.

قال ابن الشاط: «وعمدتهم أنه عقد غير لازم، فلم ينتقل الملك عن البائع، كما لو قال: بعتك، ولم يقل المشتري: قبلت»[٢].

جاء في المنتقى: «إذا هلك المبيع في مدة الخيار بيد البائع فهو منه، وإن هلك بيد المبتاع، ففي كتاب ابن حبيب: إن كان مما لا يغاب عليه، فهو من

---

(١) قال خليل في مختصره (ص١٨١): وضمن المشتري إن خير البائع الأكثر، إلا أن يحلف) قال في منح الجليل (٥/ ١٣٤، ١٣٥) تعليقًا: «إلا أن يحلف المشتري أن ما يغاب عليه تلف، أو ضاع بغير سببه وتفريطه (فالثمن) يضمنه دون القيمة الزائدة».
وانظر التاج والإكليل (٤/ ٤٢٣)، الشرح الكبير (٣/ ١٠٤)، الذخيرة (٥/ ١٣٠، ١٣١)، مدونة الفقه المالكي وأدلته - الدكتور الصادق الغرياني (٣/ ٣١٥).

(٢) إدرار الشروق (٣/ ٢٨٣)، وابن الشاط: هو أبو القاسم: قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري.

ضمان البائع مع يمين المبتاع، لقد ذهب من غير فعله، وإن كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المبتاع إذا لم تقم بينة بضياعه.

ووجه ذلك: أنه قبضه لمنفعة نفسه، مع بقائه على ملك بائعه، فأشبه الرهن»(١).

القول الثالث: مذهب الشافعية:

إذا تلف المبيع فلا يخلو: إما أن يكون الذي أتلفه البائع، أو المشتري، أو يكون ا لتلف بآفة سماوية، أو يتلفه أجنبي، وإليك بيان حكم كل حالة:

الحالة الأولى: أن يتلف بآفة سماوية:

إذا تلف المبيع بآفة سماوية، في زمن الخيار، قبل القبض انفسخ البيع؛ لأنه ينفسخ بذلك عند بقاء يده، فعند بقاء ملكه أولى.

ولأن نقل الملك بعد التلف لا يمكن.

وإن كان التلف بعد القبض، فإن كان الخيار للبائع انفسخ أيضًا، ويسترد المشتري الثمن، ويرجع البائع عليه بالقيمة.

---

(١) المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٥٩)، وقال ابن جزي في القوانين الفقهية، (ص١٨٠): «المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، فإن تلف فمصيبته منه، إلا إن قبضه المشتري فمصيبته منه إن كان مما يغاب عليه، ولم تقم على تلفه بينة».

وقال ابن رشد في المقدمات (٢/ ٩٢): «والمبيع بالخيار في أمد الخيار على ملك البائع كان الخيار له أو للمبتاع أو لهما، فإن تلف فمصيبته منه، كان بيده أو بيد المبتاع، إلا أن يكون بيد المبتاع، ويغيب عليه، وهو مما يغاب عليه، ويدعي تلفه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فلا يصدق في ذلك، ويكون عليه قيمة الثمن؛ لأنه يتهم أن يكون غيبه، وحبسه عن صاحبه، فذلك رضا منه بالثمن».

وانظر التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٧١، ١٧٢)، الشرح الكبير (٣/ ١٠٤)، المعونة (٢/ ١٠٤٨)، جواهر الإكليل (٢/ ٣٧، ٣٨)، منح الجليل (٥/ ١٣٣، ١٣٤)، البيان والتحصيل (٧/ ٤٥١، ٤٥٢).

وإن كان الخيار لهما، أو للمشتري بقي الخيار على الأصح[١]، ولا ينفسخ العقد؛ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، فإن تم العقد: بأن أجاز المشتري البيع لزمه الثمن، وإن لم يتم العقد لزمته القيمة[٢].

الحالة الثانية:

أن يتلفه المشتري، ولو قبل القبض، والخيار له، أو لهما استقر عليه الثمن؛ لأنه بإتلافه المبيع قابض له، كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب[٣].

الحالة الثالثة:

أن يتلفه البائع، فإذا أتلفه البائع، ولو بعد القبض، فكتلفه بآفة، وتقدم حكم ما لو تلف المبيع بآفة، فلا داعي لتكرار الكلام[٤].

الحالة الرابعة:

أن يتلفه أجنبي، فإذا أتلفه أجنبي، وقلنا: الملك موقوف، أو للمشتري لم ينفسخ، وعلى من باشر الإتلاف الغرم، والخيار بحاله، فإن تم البيع فهي للمشتري، وإلا فالبائع[٥].

---

(١) ويقابل الأصح: القول بأنه ينفسخ البيع، وعلى المشتري القيمة، لحصول الهلاك قبل استقرار العقد. انظر نهاية المحتاج (٤/ ١٧).

(٢) حاشية الجمل (٣/ ١١٦).

(٣) إذا أتلفه المشتري، ولو كان المبيع في يد البائع؛ جعل إتلاف المشتري للمبيع قبضًا له، فهو كما لو تلف في يده.

(٤) إن أتلفه البائع في يد المشتري، قال المتولي: يبنى على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي، أم كالتلف بآفة سماوية، وفيه خلاف مشهور، انظر المجموع (٩/ ٢٦٢).

(٥) انظر نهاية المحتاج (٤/ ١٧)، حاشية الجمل (٣/ ١١٦)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٣٧، ٣٨)، أسنى المطالب (٢/ ٥٤)، حواشي الشرواني (٤/ ٣٤٥).

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة بأنه إذا تلف المبيع في مدة الخيار، فلا يخلو: إما أن يكون قبل قبضه، أو بعده.

فإن كان تلفه قبل قبضه، وكان مكيلًا أو موزونًا، أو معدودًا، أو مذروعًا، انفسخ البيع، وكان من ضمان البائع إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه، ويبطل خياره.

وإن كان المبيع غير ذلك[١]، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، فهو من ضمان المشتري.

وإن كان تلفه بعد قبضه في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري، ويبطل خياره على الصحيح من المذهب، وأما خيار البائع ففيه روايتان:

أحدهما: يبطل، وهو الصحيح من المذهب، اختاره الخرقي، وأبو بكر، وغيرهما، وقدمه في المحرر والفائق...

والرواية الثانية: لا يبطل، وله الفسخ، والرجوع بالقيمة، أو مثله إن كان مثليًا، اختاره القاضي، وابن عقيل، وحكاه في الفصول في موضع عن الأصحاب، وقدمه في الخلاصة، والكافي، والرعايتين، والحاوي الصغير.

هذا ملخص مذهب الحنابلة[٢].

هذا عرض لأقوال الأئمة الأربعة مع أدلتهم، ونستطيع أن نخرج من هذا العرض بالتالي:

---

(١) أي غير مكيل ولا موزون، ولا معدود، ولا مذروع.

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٨٩)، تصحيح الفروع (٤/ ٩٠)، المغني (٤/ ٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٦).

الأول: أن المشهور في مذهب المالكية أن الضمان على البائع مطلقًا، قبضه المشتري أو لم يقبضه، وسواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما إلا أن يقبضه المشتري، والمبيع مما يغاب عليه، ولم تقم على تلفه بينة[1].

وهو قول ابن أبي ليلى إذا كان الخيار للبائع فقط؛ لأنه يرى أن يد المشتري يد أمانة.

الثاني: ينفرد الحنابلة بأنهم يرون أن الضمان قد يكون على المشتري، ولو لم يقبض المبيع، كما لو كان المبيع لا يحتاج إلى استيفاء، ولم يكن شراؤه عن صفة أو رؤية متقدمة، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه.

الثالث: يرى الحنفية والشافعية أن تلف المبيع قبل القبض، يفسخ البيع، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، ويقيد الحنابلة ذلك بأن يكون المبيع يحتاج إلى استيفاء، من كيل أو وزن أو عد أو ذرع، فإن كان لا يحتاج إلى استيفاء كان من ضمان المشتري، ولو لم يقبض المبيع.

الرابع: يرى الحنفية أن تلف المبيع في يد المشتري، يلزمه الضمان مطلقًا، لكن إن كان الخيار للبائع فلا يلزمه الثمن المسمى، بل يلزمه أداء قيمة المبيع، وإن كان الخيار للمشتري لزمه أداء الثمن المسمى دون القيمة. وقد بينا وجه ذلك.

ويفرق الشافعية بين أن يكون التلف بآفة سماوية، وبين أن يكون التلف بسبب من المشتري، ففي الأول: يعتبرون القيمة دون الثمن، وفي الثاني: يلزمه الثمن فقط.

---

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٠).

وملخص مذهبهم:

إن كان التلف بآفة سماوية، وكان ذلك بعد القبض، فإن كان الخيار للبائع يرى الشافعية أن العقد ينفسخ، ويسترد المشتري الثمن، ويرجع البائع عليه بالقيمة.

وإن كان الخيار لهما، أو للمشتري بقي الخيار على الأصح، ولا ينفسخ العقد؛ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، فإن تم العقد: بأن أجاز المشتري البيع لزمه الثمن، وإن لم يتم العقد لزمته القيمة.

أما إذا تلف المبيع بسبب من المشتري فإن الشافعية والحنابلة يرون أنه يلزمه الثمن مطلقًا، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، ولا يتعرضون للقيمة.

هذا ملخص ما يمكن أن نستخلصه من أقوال الأئمة عليهم رحمهم الله.

وأضعف الأقوال عندي قول المالكية الذين يرون أن عقد البيع بشرط الخيار عقد منحل، وأن اختيار الإمضاء في العقد نقل جديد للملكية، وليس تقريرًا للعقد الأول، وبالتالي يرون أن الضمان على البائع مطلقًا، قبل القبض وبعده، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما.

فالصحيح أن عقد البيع بشرط الخيار هو منعقد من صدور القبول مطابقًا للإيجاب، لكنه عقد جائز في حق من له الخيار، وملزم في حق من ليس له الخيار.

ولذلك فإن الحنابلة رحمهم الله ردوا قولهم في هذه المسألة إلى مسألة ضمان المبيع إذا تلف، ولم يروا أن هناك تأثيرًا لشرط الخيار في العقد، فلم يختلف الحكم عندهم في عقد لا خيار فيه، أو عقد فيه خيار، وهو الصواب:

فالمبيع الذي يحتاج إلى استيفاء من كيل أو وزن أو عد أو ذرع، فإن ضمانه على بائعه حتى يستوفيه المشتري.

وإن كان لا يحتاج إلى استيفاء، ولم يمنعه البائع من قبضه فإن ضمانه على المشتري، سواء كان تلفه قبل القبض أو بعده.

وأن المشتري إذا أتلفه فهو من ضمانه، بصرف النظر هل كان ذلك قبل قبضه، أو بعده، و الله أعلم.



المبحث السادس عشر
أسباب انتهاء خيار الشرط

الفرع الأول
انتهاء خيار الشرط بالموت

[م-٥١٠] اختلف العلماء في خيار الشرط، هل يورث؟ على قولين:

القول الأول:

لا يورث، بل إذا مات من له الخيار بطل خياره، وهو مذهب الحنفية[(١)]، ومذهب الحنابلة[(٢)].

القول الثاني:

وذهب بعض العلماء إلى أن خيار الشرط يورث، وهو مذهب المالكية[(٣)]،

---

(١) جاء في المبسوط (١٣/ ٤٢): «وإن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام، فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره، ولزم البيع»، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٨)، البحر الرائق (٦/ ١٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤٢).

(٢) مطالب أولي النهى (٣/ ٩٩)، كشاف القناع (٣/ ٢١٠)، المغني (٤/ ١٤)، الفروع (٤/ ٨٢، ٨٣)، الكافي (٢/ ٥٢)، المغني (٤/ ٧)، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٧٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥).

(٣) جاء في المدونة (٤/ ١٨١): «قيل لمالك: فلو أن رجلًا باع من رجل سلعة على أن أحدهما بالخيار، ثم مات في أيام الخيار؟ قال: من مات منهما فورثته مكانه، يكون لهم من الخيار ما كان لصاحبه».

وانظر المدونة أيضًا (٤/ ١٧٢)، التمهيد (١٤/ ٣٣)، إدرار الشروق (٣/ ٢٨٣)، القوانين الفقهية (ص١٨٠).

والشافعية[١].

وهذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى: هل الحقوق تورث كما يورث المال، أو الحقوق تسقط بموت أصحابها، ولا تدخلها النيابة؟

والمتأمل أن الحنفية فرقوا بين خيار الشرط وبين خيار العيب، فذهبوا إلى أن خيار الشرط لا يورث، وأثبتوا الميراث في خيار العيب.

ووجه الفرق عندهم:

أن خيار الشرط: يخير العاقد بين الفسخ والإجازة، ولا يتصور ذلك منه بعد موته، فالخيار لا يخرج عن كونه مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله فلا يورث، بخلاف خيار العيب، فإنه حق يلحق العين المملوكة، وهي موروثة، فالعاقد: قد استحق أن يستلم المبيع سليمًا، فكذا الوارث[٢].

أما المالكية والشافعية فلم يفرقوا بين حق وحق، فذهبوا إلى أن الحقوق تورث كما يورث المال.

وإذا كان هذا الحق مما تركه الميت فقد قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، فيدخل فيه هذا الحق، فيجب أن يكون للوارث.

ومن جهة القياس: أن هذا خيار ثبت لإصلاح المال، فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث كخيار العيب[٣].

وقد توسعنا في ذكر ما بقي من حجج القوم في مسألة: هل ينتهي خيار

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٧)، مغني المحتاج (٢/ ٤٥)، الوسيط (٣/ ١٠٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٩).

(٣) انظر المنتقى للباجي (٥/ ٥٩).

المجلس في موت أحد المتعاقدين، فالأدلة واحدة، وما رجح هناك يرجح هنا، بجامع أن كلًا منهما له حق في الخيار، فراجع المسألة لتطلع على زيادة أدلة، والله أعلم.





الفرع الثاني
انتهاء خيار الشرط باختيار الفسخ

[م-٥١١] كل من له شرط الخيار فله الحق في فسخ البيع في المدة المعينة للخيار، وكما يكون الفسخ بالقول صريحًا، يكون بالفعل أيضًا، وهو ما يسمى الفسخ بطريق الدلالة.

أما الأول: كأن يقول من له الخيار: فسخت البيع، أو نقضته، أو أبطلته، فينفسخ البيع، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما.

لأن الخيار شرع للفسخ، فإذا سقط بطل الخيار... ولأن الخيار: هو التخيير بين الفسخ والإجازة، فأيهما وجد سقط.

وأما الثاني: وهو الفسخ بالفعل: أو الفسخ بطريق الدلالة: فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك، كما لو تصرف البائع في المبيع إن كان الخيار له، أو تصرف المشتري في الثمن إن كان الخيار له، وكان الثمن عينًا؛ لأن تصرف البائع في المبيع، وتصرف المشتري في الثمن إذا كان عينًا دليل على إبقاء الملك وإثباته، فالإقدام عليه يبطل خياره تحقيقًا لغرضه(١).

ومن الفسخ عن طريق الدلالة ما نقلناه سابقًا عن الصيرمي، حيث يقول:

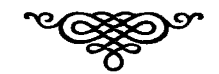
«وقول البائع في زمن الخيار: لا أبتاع حتى يزيد في الثمن، مع قول المشتري: لا أفعل، يكون فسخًا. وكذا قول المشتري: لا أشتري حتى ينقص

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧١، ٢٧٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٦٦، ٦٧)، فتح القدير (٦/ ٣١٤)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٠)، المجموع (٩/ ٢٣٨)، الإنصاف (٤/ ٣٧٨).

عني من الثمن، مع قول البائع: لا أفعل. وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال، كل هذا فسخ»[١].

وهذا الأمر بين واضح؛ لأن الخيار يفقد معناه وموضوعه إذا لم يعط حق الفسخ لصاحبه، والله أعلم.



(١) انظر المجموع (٩/ ٢٤١).

مسألة
لا يفتقر الفسخ إلى حضور صاحبه أو إذنه أو حكم قاض

[م-٥١٢] اختلف الفقهاء في العاقد إذا كان له الخيار، واختار الفسخ، هل يشترط حضور صاحبه، أو إذنه أو حكم القاضي؟ على قولين:

القول الأول:

ذهب الجمهور من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، واختاره أبو يوسف من الحنفية[4]، إلى أن فسخ العقد في مدة الخيار لا يتوقف على رضاء الآخر ولا على حضوره، ولا حكم قاض.

إلا أن المالكية قالوا: إن كان المبيع بيد البائع، والخيار له لم يحتج إن أراد الفسخ إلى الإشهاد، وإن أراد إمضاء البيع فليشهد.

وإن كان المبيع بيد المشتري، فأراد إمضاء البيع فلا يحتاج إلى الإشهاد، وإن

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٥٩)، وقال في القوانين الفقهية (ص١٨٠): «ولا يتوقف الفسخ بالخيار على حضور الخصم، ولا قضاء القاضي، واشترط أبو حنيفة حضور الخصم».

(٢) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ١١٠): «من أثره - يعني خيار الشرط- إفادة سلطة الفسخ دون حضور الخصم، وقضاء القاضي خلافًا لأبي حنيفة».

وانظر مغني المحتاج (٢/ ٤٨)، حواشي الشرواني (٤/ ٣٤٦) وقال الخوارزمي: يسن أن يشهد حتى لا يؤدي إلى النزاع.

(٣) الروض المربع (٢/ ٧٤)، الكافي (٢/ ٤٧)، المبدع (٤/ ٧٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩).

(٤) البحر الرائق (٦/ ١٨)، المبسوط (١٣/ ٤٤).

أراد فسخه فليشهد(١).

القول الثاني:

قال أبو حنيفة ومحمد: إن أجاز العقد صح، وإن فسخ فإن كان الفسخ بالفعل كان له ذلك، ولو مع غيبة صاحبه(٢)، وإن كان فسخه بالقول فليس له ذلك إلا بمحضر الآخر(٣).

وخرج أبو الخطاب الحنبلي ومن تبعه من عزل الوكيل: أنه لا يفسخ في غيبته حتى يبلغه في المدة(٤).

والمقصود بمحضر الآخر: أي بعلمه، فإذا فسخ العقد بدون علمه لم ينفسخ.

قال في البحر: «والمراد: بالغيبة: عدم علمه، والمراد بالحضرة علمه، فلو فسخ في غيبته، فبلغه في المدة تم الفسخ، لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة، تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ»(٥).

---

(١) التاج والإكليل (٤/ ٤٢٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٠).

(٢) قال البحر الرائق (٦/ ١٨): «والخلاف إنما هو في الفسخ بالقول، أما إذا فسخ بالفعل فإنه ينفسخ حكمًا اتفاقًا في الحضرة والغيبة؛ لأنه لا يشترط العلم بالحكمي» وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١٨).

(٣) البحر الرائق (٦/ ١٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٠)، كشف الأسرار: شرح أصول البزدوي للبخاري (٤/ ٣٥٠).
وقال في بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٣): «وأما شرائط جواز الفسخ... منها علم صاحبه بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفًا عندهما: إن علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد».

(٤) الإنصاف (٤/ ٣٧٨).

(٥) البحر الرائق (٦/ ١٨).

❑ وجه قول الجمهور: أنه لا يشترط حضوره:

الوجه الأول:

أن العاقدين لما اتفقا على اشتراط الخيار كان ذلك منهما اتفاقًا على حق الفسخ لمن له الخيار، فلا يحتاج إلى إذن، ولا حضور، ولا حكم قضاء.

الوجه الثاني:

إذا كان فسخ العقد لا يتوقف على رضا الطرف الآخر، لم يتوقف الفسخ على حضوره أيضًا.

الوجه الثالث:

أن موجب الخيار: الفسخ أو الإجازة. وفي الإجازة لا يشترط حضور الآخر بالإجماع، فكذا الفسخ بل أولى؛ لأن الخيار إنما شرط للفسخ لا للنفاذ، إذ النفاذ ثابت بدون الخيار، و بالاتفاق على اشتراط الخيار صار العاقد مسلطًا على الفسخ من جهته، ولهذا لا يشترط رضا الطرف الآخر[(١)].

❑ وجه قول أبي حنيفة وصاحبه:

أن الفسخ بدون علم صاحبه يلزم منه وقوع الضرر على صاحبه؛ لأنه ربما يعتمد تمام البيع السابق، فيتصرف فيه، فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشتريًا فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر، فيتوقف على علمه، وصار كعزل الوكيل يتطلب علمه بذلك، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا ضرر فيها على صاحبه، إذ هو موافق له فيها[(٢)].

---

(١) انظر كشف الأسرار: شرح أصول البزدوي للبخاري (٤/ ٣٥٠).

(٢) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٨)، البحر الرائق (٦/ ١٨).

فكل ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه، فإذا اختار العاقد الفسخ فإنه يلزم غيره حكمًا جديدًا لم يكن، فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به.

وجيب:

القول بأنه يخبره حتى لا يتصرف في المبيع، فالأصل أنه ممنوع من التصرف زمن الخيار؛ لأن تصرفه يؤدي إلى إسقاط حق صاحبه، وهذا لا يجوز.

وأما القياس على عزل الوكيل فهو قياس مع الفارق، فإن الموكل قد سلط على التصرف بإذن من الوكيل، فعزله خلاف الأصل، فيتوقف عزله على علمه؛ كما أن العبد له أن يعمل بالحكم المنسوخ قبل علمه بالناسخ، بخلاف شرط الخيار فليس له أن يعتبر العقد لازمًا في زمن الخيار.

وبخلاف خيار العيب كذلك؛ لأن المشتري هناك غير مسلط على الفسخ وإنما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فإذا تحقق عجز البائع عنه، تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه إلا بمحضر منه[1].

❑ **الراجح:**

أرى أن قول الجمهور هو الراجح، وتفريق أبي حنيفة ومحمد عليهما رحمة الله بين الإجازة والفسخ، وبين الفسخ بالفعل والفسخ بالقول لا دليل عليه، وهو يشير إلى أنه من قبيل الرأي المحض.

❀ ❀ ❀

---

(١) انظر كشف الأسرار: شرح أصول البزدوي للبخاري (٤/ ٣٥٠).

الفرع الثالث
انتهاء خيار الشرط بالإجازة

[م-٥١٣] الأصل لزوم البيع، وجوازه عارض إنما هو من أجل الخيار، فإذا أجاز البيع من له الخيار فقد لزم البيع، وبطل خياره، وهذا مذهب الجمهور.

والإجازة منها ما هو صريح، ومنها ما هو بطريق الدلالة:

فالصريح: أن يقول من له الخيار: أجزت البيع، أو أوجبته، أو أسقطت الخيار، أو أبطلته، ونحو ذلك.

وأما الإجازة بطريق الدلالة، وهو أن يتصرف من له الخيار بالعوض الذي انتقل إليه تصرف الملاك، فإذا تصرف البائع في الثمن، وكان الخيار له وحده، كان هذا منه دليلًا على إجازة البيع، فالإقدام على هذا التصرف يكون إجازة للبيع دلالة. وإن تصرف البائع في المبيع كان هذا منه دليلًا على فسخ البيع.

ومثله تصرف المشتري في المبيع إذا كان الخيار له وحده فإنه دليل على إجازة البيع، كما أن تصرفه في الثمن دليل على فسخ البيع..

ومن هذه التصرفات عرضه للبيع، والمساومة، والهبة إذا لم يتصل بها قبض، والرهن، واستعمال المبيع في غير تجربته؛ لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك، هذا ما ذهب إليه الجمهور(١).

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣١٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٤)، المنتقى للباجي (٥/ ٥٨).

جاء في تحفة الفقهاء (٢/ ٦٧): «ولو أن المشتري إذا كان له الخيار في عبد، فباعه، أو أعتقه، أو دبره، أو رهنه، أو وهبه، سلم أو لم يسلم، أو آجره، فإن هذا كله منه اختيار =

كما أن تصرف أحد العاقدين مع الآخر، أو بإذنه في أحد العوضين، أو فيهما مسقط لخيارهما[١].

❑ دليل الجمهور:

ما جاء عن ابن عمر أن الأمة إذا عتقت، فلها أن تختار زوجها العبد، ولها أن تنفصل عنه، فإن غشيها برضاها فقد بطل خيارها؛ لأن هذا منها اختيار بالفعل، وقد روي مثل هذا في قصة عتق بريرة إلا أنه مرسل[٢].

(ث-٨٤) روى ابن أبي شيبة قال: حدثنا عبدة، عن عبيد الله، عن نافع عن ابن عمر، قال: **إذا قربها، فلا خيار لها، قد أقرت**[٣].

[إسناده صحيح].

(ث-٨٥) وروى أيضًا من طريق قتادة، أن حفصة زوج النبي ﷺ أعتقت

= للإجازة؛ لأن نفاذ هذه التصرفات مختصة بالملك، فيكون الإقدام عليها قصد إبقاء الملك، وذلك بالإجازة.

ولو وجدت هذه التصرفات من البائع الذي له الخيار، يسقط خياره أيضًا؛ لأنه لا يصح هذه التصرفات إلا بعد نقض التصرف الأول، إلا أن الهبة والرهن لا يسقط الخيار إلا بعد التسليم، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري، ووجد منه الرهن والهبة بلا تسليم؛ لأن الهبة والرهن بلا تسليم لا يكون دون العرض على البيع، وذلك يسقط خيار المشتري دون البائع».

وانظر في مذهب المالكية: مواهب الجليل (٤/ ٤١٩)، التاج والإكليل (٦/ ٣١٧، ٣١٨)، الخرشي (٥/ ١١٦).

وفي مذهب الحنابلة: مجلة الأحكام الشرعية مادة (٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٨، ٢٠٩)، الإنصاف (٤/ ٣٨٣).

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧)، مجلة الأحكام الشرعية مادة (٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤).

(٢) انظر نصب الراية (٣/ ٢٠٤).

(٣) المصنف (٣/ ٥٠٦) رقم: ١٦٥٣٩ .

جارية لها، فقالت: إن وطئك زوجك فلا خيار لك(١).

[قتادة عن حفصة مرسل، قال أحمد: ما أعلم قتادة سمع من أحد من أصحاب النبي ﷺ إلا من أنس بن مالك](٢).

القول الثاني:

إن كان الخيار للبائع، فكل شيء يفعله مما لو فعله المشتري كان رضًا، فهو إذا فعله البائع يعتبر ردًا للبيع إلا الإجارة(٣).

وجه هذا القول:

إذا صدر من البائع تصرفًا لو تصرفه المشتري لأسقط خياره كان ردًا للبيع كما لو رهن المبيع، أو استغله، إلا الإجارة فإنه لو أجر البائع المبيع لم يعتبر ردًا للبيع؛ لأن المالكية يرون أن غلة المبيع ملك للبائع وقت الخيار؛ فالإجارة استغلال لحقه فلا تعتبر عندهم ردًا للبيع، ولأن عقد الخيار كما قدمنا: عقد منحل عندهم حتى ينبرم.

القول الثالث:

اختار الشافعية في أصح الوجهين أن عرض السلعة للبيع، والتوكيل فيه، والرهن، والهبة إذا لم يتصل بها قبض، وتقبيل الجارية، أن ذلك ليس فسخًا، ولا إجازة(٤).

---

(١) المصنف (٣/ ٥٠٦) رقم: ١٦٥٤٠ .

(٢) جامع التحصيل (ص٢٥٥).

(٣) انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٢٠)، التاج والإكليل (٤/ ٤٢٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٥)، مختصر خليل (ص١٨٠).

(٤) جاء في المجموع (٩/ ٢٤١): «العرض على البيع، والإذن في البيع، والتوكيل فيه، والرهن، والهبة إذا لم يتصل بهما قبض، في جميع هذا وجهان: =

❑ والراجح:

ما ذهب إليه الجمهور، لقوة دليلهم وتعليلهم، والله أعلم.



= أحدهما: أنها كلها فسخ إن صدرت من البائع، وإجازة إن صدرت من المشتري.
وأصحهما: أنها ليست فسخا ولا إجازة».
وانظر روضة الطالبين (٣/ ٤٥٨).

الفرع الرابع
انتهاء الخيار بانتهاء المدة

إذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع، وهذا مذهب الجمهور، كما سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه.

وقد خالف بعض الفقهاء في مسألتين:

المسألة الأولى:

في دخول الغاية في شرط الخيار، فإذا اشترط الخيار إلى الغد، أو إلى الليل، أو إلى الظهر، فهل يدخل الغد والليل، والظهر، أو لا يدخلون.

المسألة الثانية:

إذا انقضت مدة الخيار، ولم يفسخ من له الخيار، فهل له الرد بعد انقضاء المدة بيوم أو يومين، أوليس له الرد؟.

وسوف نعرض لكل مسألة من هاتين المسألتين على انفراد، ونبين فيها قول المخالف، ودليله، والجواب عنه إن شاء الله تعالى.



المسألة الأولى
دخول الغاية في شرط الخيار

[م-٥١٤] اختلف العلماء في دخول الغاية في شرط الخيار، فإذا شرط الخيار إلى الليل، أو إلى الغد، أو إلى الظهر، هل يدخل الليل، أو الغد، أو الظهر؟ على قولين:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة: إلى أن الليل والغد والظهر تدخل(١)، وهو قول في مذهب الحنابلة(٢).

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى أن الغاية لا تدخل، واختاره أبو يوسف ومحمد من الحنفية(٣).

❑ وجه قول أبي حنيفة:

استدل الكاساني لقول أبي حنيفة بقوله: «إن الغايات منقسمة: غاية إخراج،

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٤)، التجريد للقدوري (٥/ ٢٢٥٥)، المبسوط (١٣/ ٥٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٩٣، ٢٩٤).

(٢) الفروع (٤/ ٨٤)، الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٤٥)، المجموع (٩/ ٢٢٧، ٢٢٨)، شرح الوجيز (٨/ ٣١٢)، جواهر العقود (١/ ٥٠)، المغني (٤/ ٢٠)، الكافي (٢/ ٤٦)، الإنصاف (٤/ ٣٧٥)، القواعد والفوائد الأصولية (ص١٤٥). =

وغاية إثبات، فغاية الإخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية، كما في قوله تعالى: ﴿فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦]، والغاية هاهنا في معنى غاية الإخراج، ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلًا لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلها حتى لم يصح؛ لأنه يكون في معنى شرط خيار مؤبد، بخلاف التأجيل إلى غاية، فإنه لولا ذكر الغاية لم يثبت الأجل أصلًا، فكانت الغاية غاية إثبات، فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية»[١].

فيقصد من قوله: (غاية إخراج) أن اليد لو لم يقل: إلى المرافق لدخلت اليد كلها في الغسل، فيكون الغرض من قوله إلى المرافق غاية إخراج: أي إخراج جزء من اليد عن حكم الغسل.

وأما غاية الإثبات فقد ضرب لها المؤلف مثالًا بالأجل، وهو واضح.

واستدل القدوري لقول أبي حنيفة بقوله: «لنا أن الغاية فيه احتمال، قد يدخل في الكلام تارة، ولا يدخل أخرى، والعقد لا يتعلق به استحقاق، وإنما يبرم بمضي مدة الخيار، فلم يجز لنا إلزام صاحب الخيار بالعقد بالشك»[٢].

❑ وجه قول الجمهور:

احتجوا بأن أهل اللغة مجمعون على أن لفظ (من) لابتداء الغاية، ولفظ (إلى) لانتهاء الغاية.

والراجح في هذه المسألة أنه إن كان هناك عرف عمل به، فإن كان العرف في البلد يدخل الغاية عمل به، لأن العقود تجري بما يتعارف عليه الناس.

= وانظر رأي أبي يوسف ومحمد بن الحسن في كتاب المبسوط (١٣/ ٥٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٨).

(٢) التجريد (٥/ ٢٢٥٥).

قال ابن مفلح: ويتوجه تقديم العرف في الأصح[١].

وإن لم يكن هناك عرف فقول الجمهور أرجح من قول أبي حنيفة رحمه الله، ولذلك اختارت مجلة الأحكام العدلية رأي أبي يوسف ومحمد.

جاء في المادة (٣٠٥): «إذا مضت مدة الخيار، ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع، وتم».



(١) الفروع (٤/ ٨٥).



المسألة الثانية
إذا اختار الفسخ بعد
انتهاء مدة الخيار بيوم أو يومين

[م-٥١٥] إذا اختار العاقد الفسخ بعد انتهاء مدة الخيار بيوم أو يومين، فهل يملك ذلك؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ليس له الفسخ، وهذا مذهب الجمهور(١).

القول الثاني:

له الرد بعد انقضاء المدة بيوم أو يومين، وليس له الرد بأكثر من هذا، سواء كانت المدة المحددة بالنص عليها والاتفاق، وذلك فيما إذا ضربا للخيار أجلًا، أو بمضي المدة المقررة لكل سلعة بحسبها على ما تقدم إذا لم يضربا لها أجلًا،

---

(١) جاء في مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٠٥): «إذا مضت مدة الخيار، ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع».
وانظر تبيين الحقائق (١/ ١٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧)، وقال في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٥): «ويبطله مضي المدة؛ لأن الخيار لم يثبت له إلا فيها».
وقال النووي في المجموع (٩/ ٢٣٣): «إذا مضت مدة ا لخيار من غير فسخ ولا إجازة تم البيع، ولزم بلا خلاف عندنا».
وقال القاري في مجلة الأحكام الشرعية في (مادة: ٣٩٤): إذا انقضت المدة، ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع»، وانظر الإنصاف (٤/ ٣٧٩).

وهذا مذهب المالكية[١].

❑ وجه قول الجمهور:

أن الأصل لزوم العقد، وإنما خولف ذلك لوجود الشرط، فإذا انتهى الشرط رجع العقد إلى اللزوم، فليس له رد المبيع.

ولأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، وهذا متفق عليه، فإذا كان كذلك لم يبق الخيار أكثر من مدته المشروطة.

❑ وجه قول المالكية:

احتج المالكية بالقاعدة التي تقول: «ما قارب الشيء له حكمه»[٢].

---

(١) جاء في المدونة (٤/ ١٩٨): «قلت: ما قول مالك في رجل باع سلعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، فقبض المشتري السلعة، فلم يردها حتى مضت أيام الخيار، ثم جاء بها يردها... أيكون له أم لا؟ قال: إن أتى بها بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار، أو من الغد، أو قرب ذلك، بعد ما مضى الأجل رأيت أن يردها، وإن تباعد ذلك لم أر أن يردها».
وانظر: المنتقى للباجي (٥/ ٥٩)، والتاج والإكليل (٦/ ٣١٣)، مواهب الجليل (٤/ ٤٢٥).
وقال ابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ٣٠): «جماعة الفقهاء بالحجاز والعراق يقولون: إن مدة الخيار إذا انقضت قبل أن يفسخ من له الخيار في البيع، تم البيع، ولزم به، وبه قال المتأخرون من الفقهاء أيضًا: أبو ثور وغيره إلا أن مالكًا قال: إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار لنفسه ثلاثًا، فأتى به بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار، أو من الغد، أو قرب ذلك، فله أن يرد، وإن تباعد ذلك لم يرد، وهو رأي ابن القاسم».
كما أن مالكًا رحمه الله منع أن يشترط في الخيار: إن غابت الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع. جاء في المدونة (٤/ ١٩٨): «قلت لمالك - والقائل ابن القاسم -: الرجل يشتري الثوب، أو السلعة على أنه بالخيار اليومين والثلاثة، فإن غابت الشمس من آخر أيام الخيار، ولم يأت بالثوب إلى آخر الأجل لزم المبتاع البيع؟
قال: قال مالك: لا خير في هذا البيع، ونهى عنه». وانظر مواهب الجليل (٤/ ٤١٦).

(٢) الذخيرة للقرافي (٥/ ٣٦٦)، قواعد المقرئ (١/ ٢٨٧، ٣١٣)، الموافقات (١/ ٤١٨)، مواهب الجليل (٢/ ٦٥)، شرح الزرقاني (٢/ ١٣١).

قال ابن رشد: «هذه القاعدة كثيرًا ما يذكرها الفقهاء، ولم أجد دليلًا يشهد لعينها، فأما إعطاؤه حكم نفسه، فهو الأصل، وأما إعطاؤه حكم ما قاربه، فإن كان مما لا يتم إلا به، كإمساك جزء من الليل، فهذا يتجه، وإن كان على خلاف ذلك، فقد يحتج له بحديث: مولى القوم منهم، وبقوله ﷺ: المرء مع من أحب...»[(١)].

واستدل لهذه القاعدة الشنقيطي رحمه الله في أضواء البيان بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢].

قال الشيخ: «ظاهره أن الإمساك بمعروف إذا بلغن أجلهن مع أنهن إذا بلغن إلى ذلك الحد خرجن من العدة، وانتهى وجه المراجعة، ولكن المراد هنا: إذا قاربن أجلهن، ولم يتجاوزنه، أو يصلن إليه بالفعل، والقاعدة: أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، كما في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [النحل: ٩٨].

ومثل الآية: الحديث في قوله ﷺ: **إذا أتى أحدكم الخلاء فليقل: اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث**، مع أنه عند الإتيان، أو أثنائه لا يحق له أن يقول ذلك، وإنما يقوله إذا قارب دخوله»[(٢)].

«ومن جهة الاعتبار: أن إلحاق ما قارب الشيء به دليل على أن هذا الشيء ليس تحديدًا، بل اجتهادًا مقاربًا، فهو من منزلة العفو، وباب التقديرات الاجتهادية، لا من تحديدات الشرع»[(٣)].

---

(١) الدليل الماهر الناصح شرح المجاز الواضح (ص٣٥).

(٢) أضواء البيان (٨/ ٢١٢)، وانظر كتاب القواعد والضوابط الفقهية القرافية للدكتور عادل ولي قوته (١/ ٣٢٢) فقد ساق لها أدلة كثيرة.

(٣) القواعد والضوابط الفقهية القرافية للدكتور عادل ولي قوته (١/ ٣٣٢).

❑ الراجح:

قول الجمهور ويقال جوابًا على ما ذكره المالكية: إن المدة إذا حددت بالاتفاق يكون الخروج على تلك المدة مخالفًا لما اتفق عليه، فإن الأجل إما أن يعرف بالشرع، فلا يجوز الزيادة عليها؛ لأن ذلك استدراك على الشارع، كتوقيت المسح يومًا وليلة للمقيم، وثلاثة أيام للمسافر، وكصيام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، وإما أن يعرف ذلك بالاتفاق، فيكون الخروج عن ذلك الاتفاق مخالفًا لمقتضى الشرط، وعلى أضعف تقدير: أن تكون المدة المنصوصة يقينًا دون الزائد، وإنما يؤخذ بالمتيقن، والله أعلم.



الفرع الخامس
في انتهاء خيار الشرط بالجنون والإغماء

[م-٥١٦] اختلف الفقهاء في انتهاء خيار الشرط بالجنون والإغماء، إلى أقوال:

القول الأول:

أن الجنون والإغماء لا يبطل الخيار، فإذا أفاق فهو على خياره، وإن مضت مدة الخيار، ولم يفق فقد لزم البيع. وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة[(١)].

لأن خيار الشرط مؤقت، ولا يبقى بعد مضي وقته، وقد عجز عن الفسخ في مدته، فيلزم البيع.

ولا يثبت الخيار لوليه؛ لأن الرغبة في المبيع وعدمها لا تعلم إلا من جهته.

وإن أفاق في مدة الخيار كان على خياره، لإمكان الفسخ والإجازة، وكذا لو بقي نائمًا في آخر مدة الخيار حتى مضت، سقط الخيار.

القول الثاني:

فرق المالكية بين المغمى عليه، وبين الجنون:

فإن جن من له الخيار، فإن السلطان ينظر له، أو يوكل من ورثته من ينظر له في الأصلح من إمضاء أو رد.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٤٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧)، الإنصاف (٤/ ٣٧٠، ٣٧١).

وقد صرح المرداوي من الحنابلة في الإنصاف (٤/ ٣٧١) بأن الحكم في خيار الشرط لا يختلف عن الحكم في خيار المجلس فيما إذا جن أو أغمي عليه. وقد تقدم تحرير الخلاف في الجنون والإغماء في مسألة خيار المجلس، فانظره مشكورًا

وأما إذا أغمي عليه، فتنتظر إفاقته، فإن طال إغماؤه بعد مضي زمنه بما يحصل به الضرر للآخر، فسخ السلطان البيع، وليس له أن يمضيه[١].

❑ وجه التفريق بين الجنون والإغماء:

لعل وجه التفريق: أن الجنون يفقد فيه الإنسان الأهلية، فينظر له السلطان في الأصلح نيابة عنه، وأما الإغماء فهو نوع من المرض، لا يفقد فيه الإنسان أهليته، فلا ينوب عنه أحد، ولكن الضرر يزال.

القول الثالث: مذهب الشافعية:

لا يختلف قول الشافعية في هذه المسألة عنها في خيار المجلس فإذا جن أو أغمي عليه من له الخيار انتقل الخيار إلى الناظر في ماله، فيقوم مقامه[٢].

لأن هذا حق مالي، والخيار ثبت لإصلاح المال، وقد تعذر على الإنسان قيامه بذلك حال الجنون والإغماء، فيقوم الناظر في ماله نيابة عنه.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجد أن مذهب الشافعية هو أعدل الأقوال في هذه المسألة، والحنفية والحنابلة أرادوا طرد قولهم في أن هذا الحق لا ينتقل بالموت إلى الورثة، وإذا كان ذلك كذلك لم ينتقل حال الجنون والإغماء من باب أولى، وقد رجحنا في مسألة الميت انتقال الحق إلى الورثة، فكذلك هنا.

والتفريق بين الجنون والإغماء ليس ظاهرًا لي من حيث التكليف، فإن المغمى عليه قد غطي على عقله، ولا يستطيع رفعه، فليس كالنوم، ولذلك الراجح أن من أغمي عليه لا يطالب في قضاء الصلوات حال الإغماء.

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٢٢، ٤٢٣)، منح الجليل (٥/ ١٣٢).

(٢) المجموع (٩/ ٤٩).

(ث-٨٦) وقد روى مالك عن نافع، عن ابن عمر أنه أغمي فلم يقض الصلاة.

وهذا سند صحيح عن ابن عمر رضي الله عنه[١].

❊ ❊ ❊

(١) الموطأ (١/ ١٣).



المبحث السابع عشر
ضوابط مهمة في خيار الشرط والمجلس

في نهاية بحث خيار المجلس وخيار الشرط نذكر بعض الفوائد والضوابط والقواعد المتعلقة بهذا الباب، لتلخص لنا المباحث السابقة.

- الخيار يمنع لزوم العقد، ولا يمنع انتقال الملك على الصحيح، وهذا يعني أن ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع زمن الخيار.

ويتفرع على ذلك أن ما يحصل من غلات المبيع ونمائه منفصلًا أو متصلًا في مدة الخيار فهو للمشتري.

- الخيار الثابت بمقتضى الشرع لا يضر جهالة زمنه، كخيار المجلس، وخيار الرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، بخلاف خيار الشرط، فإنه يتعلق بشرطهما، فاشترط بيانه.

- خيار الشرط حق يثبت باشتراط المتعاقدين لهما، أو لأحدهما، أو لغيرهما، يخول من يشترط له إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة معلومة، ويسمى الخيار الشرطي.

وخيار المجلس حق يثبت بالشرع بمقتضى العقد، لا يتوقف قيامه على اتفاق، أو اشتراط، ويسمى الخيار الحكمي.

- اشتراط الخيار المتقدم على العقد كالمقارن للعقد في الحكم، وأما بعد لزوم العقد فهو اتفاق جديد مستأنف لا يلزم إلا بالتراضي.

- يتم اشتراط الخيار بكل ما يدل عليه.

- البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، أو يشترط فيها قبض أحد العوضين كالسلم، لا يجوز فيها خيار الشرط، مع أن خيار المجلس يثبت فيها.

- لا يجب تسليم البدلين (المبيع أو الثمن) في عقد البيع بشرط الخيار، ولكن يجوز قيام أحد العاقدين أو كليهما بالتسليم طواعية لا سيما بهدف التجربة والاختبار.

- نماء المبيع في مدة الخيار للمشتري إن كان قد دخل في ضمانه.

- إذا كان الخيار للمشتري وحده فإن تصرفاته، من بيع وإجارة ونحو ذلك، تصرفات صحيحة ناقلة للملك مسقطة للخيار.

- تصرف البائع في الثمن - إذا كان الخيار له وحده - دليل على إجازة البيع، وتصرفه في المبيع دليل على فسخ البيع.

وتصرف المشتري في المبيع - إذا كان الخيار له وحده - دليل على إجازة البيع، وتصرفه في الثمن دليل على فسخ البيع.

- يسقط الخيار ويصبح العقد باتًا بمجرد انقضاء مدة الخيار إذا لم يصدر من المشتري فسخ العقد أو التصرف في السلعة.

- الخيار يسقط بالصريح وبالدلالة على الإسقاط وإن لم يكن صريحًا.

- من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ في حضرة صاحبه، وفي غيبته.

❁ ❁ ❁

الفصل الثالث
من خيارات التروي خيار الرؤية

المبحث الأول
تعريف خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية: سبق لنا تعريف الخيار في أول الباب.

أما لفظ (خيار الرؤية) فهو من المركب الإضافي، والرؤية، مصدر للفعل رأى يرى ومعناه لغة: النظر بالعين وبالقلب.

أما خيار الرؤية اصطلاحا: فهو حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره[١].

فعلم من هذا أن الخيار هو في شراء شيء معين غائب لم يسبق له رؤية.

وقولنا: في شراء شيء معين: المقصود به ما ينعقد العقد على عينه، لا على مثله، أو على وصفه وهو مقابل للدين.

فالمبيع الغائب تارة يتعلق بشيء موصوف في الذمة، فيكون من قبيل بيع السلم، حالًا كان أو مؤجلًا، وهذا لا يحق للمشتري أن يفسخ العقد بخيار الرؤية بحجة أن البائع أعطاه شيئًا لم يكن مطابقًا للموصوف؛ لأن المبيع لم يتعين في عين ذلك الشيء المدفوع، وإنما تعلق بذمة البائع، ولم يتعلق بشيء معين، فيبقى العقد قائمًا، ويلزم البائع بدفع سلعة مطابقة للصفة المتفق عليها.

---

(١) الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٦٤).

وتارة يكون المبيع الغائب متعلقًا بشيء معين، فلا يقال له بأنه سلم، ولكن يقال له: غائب، وهذا الغائب: إما أن يكون قد شاهده البائع، ولم يمض على الرؤية وقت يخشى عليه من التغير، فهذا غير مقصود في هذا الباب.

وإما أن يكون المبيع المعين موصوفًا لم يره المشتري، وإنما وصف له، وهذا هو المقصود في هذا البحث.

ومن هنا يتبين علاقة هذا الخيار بالخلاف في بيع السلعة المعينة الغائبة التي لم يسبق لها رؤية، فالقول بخيار الرؤية إيجابًا ونفيًا مرتبط كل الارتباط بجواز بيع الغائب المعين صحة وفسادًا.

فالذين منعوا بيع الشيء المعين إذا كان غائبًا لا يثبتون خيار الرؤية، والذين أجازوه لم يمنعوا من ثبوت هذا الخيار كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

والمراد بالرؤية في قولنا: خيار الرؤية، العلم بالمبيع، فإذا حصل له العلم بالمبيع سواء كان ذلك عن طريق الرؤية مما يدرك بالرؤية، أو كان ذلك عن طريق الحواس مما يدرك بالحواس، كالشم، واللمس، والذوق وإن لم يره بعينه، فإذا حصل له العلم بالمبيع بأحد حواسه لم يثبت له خيار عند رؤيته[1]، وقد تكلمنا فيما سبق في شراء الأعمى، ورجحنا صحة شرائه، لكونه قد يحصل له العلم بالمبيع بدون رؤية.

كما أن الغائب يشمل ما كان غائبًا عن مجلس العقد، أو حاضرًا فيه لكنه مستور.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٨)، الدر المختار (٤/ ٦٠٠)، وجاء في مجلة الأحكام الشرعية، مادة (٣٣١): الأعمى يسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس، وشم المشمومات، وذوق المذوقات، يعني: أنه إذا لمس، وشم، وذاق هذه الأشياء، ثم اشتراها، كان شراؤه صحيحًا لازمًا».

وخرج بقولنا: (لم يسبق له رؤية) ما لو رأى بعضه، وكانت رؤية بعضه تدل على رؤية الباقي كما لو كان مثليًا، فإنه لا يثبت له خيار، لأن العلم به يحصل برؤية بعضه، فإن كان ما رآه لا يفيد العلم بحال الباقي كما لو كان المبيع من أعيان مختلفة فله الخيار؛ لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى، فكأنه لم ير شيئًا أصلًا[١].

وأكثر المذاهب تفصيلًا لهذا الخيار هو مذهب الحنفية، وبالتالي سوف نسوق أحكام هذا الخيار من خلال تفريعات الحنفية، باعتبار أنهم أكثر المذاهب تفصيلًا لهذا الخيار، وتبيانًا له.

وجعلنا هذا النوع من الخيار قسمًا من خيار الرؤية باعتبار أن هذا الخيار يثبت بحكم الشرع، فحقيقته عند الحنفية لمطلق التروي، لا لتحاشي الضرر، أو الخلف في الوصف، غايته: أن ينظر المشتري أيصلح له أم لا؟[٢].



(١) المرجع السابق (٥/ ٢٩٣).

(٢) انظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٧٦) و (٣٩/ ٢٦٨).



المبحث الثاني
العقود التي يدخلها خيار الرؤية

[م-٥١٧] هذا البحث إنما يتأتى على مذهب من يقول بخيار الرؤية كالحنفية، والمالكية، بخلاف مذهب الشافعية والحنابلة الذين لا يقولون بثبوت خيار الرؤية.

الأول: مذهب الحنفية:

نص الحنفية على أن خيار الرؤية لا يختص بالبيع، بل يجري في كل عقد محتمل للفسخ يتملك به عين كالإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على عين، ونحوها، لذلك قالوا يثبت خيار الرؤية في أربعة أشياء:

الأول: يثبت الخيار في البيع الصحيح دون الفاسد فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لوجوب فسخه بدون خيار الرؤية(١).

فيثبت الخيار للمشتري في صور منها:

(أ) أن يشتري الشخص سلعة لم يرها.

(ب) ومنها: أن يرى بعض ما اشتراه صفقة واحدة من أشياء متفاوتة، فإن رأى بعض ما اشتراه من أشياء متماثلة لم يكن له خيار؛ لأن رؤية بعضه تغني عن رؤية الباقي.

(ج) ومنها: أن يشتري الأعمى شيئًا لا يعرف وصفه.

أما البائع فلا يثبت له الخيار إلا إذا كان الثمن عينًا، فإن كان الثمن في الذمة

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٢، ٥٩٣).

كما لو كان دراهم أو دنانير حتى ولو تعينت على القول بأنها تتعين بالتعيين فلا خيار له[١].

الثاني: في الإجارة.

يثبت خيار الرؤية في إجارة العين إذا لم يسبق لها رؤية.

الثالث: في قسمة في غير المثليات.

يثبت خيار الرؤية في قسمة غير المثليات سواء كانت القسمة في أجناس مختلفة، أو كانت في نوع واحد كالحيوانات، أما قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات فلا يثبت فيها خيار الرؤية إذا كانت غير معينة، فإن كانت معينة فإنها من الأعيان يجري فيها خيار الرؤية.

الرابع: الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه[٢].

ولا يثبت خيار الرؤية في أمور:

أحدها: الديون. **الثاني:** النقد.

الثالث: ما قبل رؤية المبيع.

الرابع: إذا رأى المشتري بعض المبيع، وكان مثليًا، أو رأى غرفة من الدار، وكانت غرفها متماثلة، أو كان المبيع مما يعلم باللمس، أو الشم، أو الذوق، بعد لمسه، أو شمه، أو ذوقه.

وقد وضع بعض الحنفية ضابطًا لما يدخله خيار الرؤية، فقال: «يثبت خيار الرؤية في كل عين ملكت بعقد، يحتمل الفسخ كالشراء»[٣].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣١٨، ٣١٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ٥٨).
(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٨)، حاشية بن عابدين (٤/ ٥٩٣).
(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٧).

فقولنا: (في كل عين) أخرج المسلم فيه، فإن وجوبه في الذمة. وقد سبق الكلام عليه.

وأما رأس مال السلم فإن كان من الأثمان الخالصة فلا يثبت فيه خيار الرؤية، وإن كان من الأعيان فإنه يثبت فيه الخيار، لأن الأثمان الخالصة، كالدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين على الصحيح فيكون وجوبها بالذمة.

وقولهم: (يحتمل الفسخ) أخرج بذلك المهر، وبدل الخلع، والصلح عن القصاص، فإنه لا يدخلها خيار الرؤية، ولو كانت أعيانًا لعدم قبولها الفسخ؛ ولأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائمًا، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا[(١)].

هذا ملخص مذهب الحنفية في العقود التي يدخلها خيار الرؤية.

القول الثاني: مذهب المالكية:

لم أقف على نص في كتب المالكية عن العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية، وكلام المالكية عن خيار الرؤية إنما ذكروه في عقد البيع إذا بيع بلا وصف، ولا رؤية، وهم لا يثبتون خيار الرؤية إلا إذا كان مشروطًا في صلب العقد، وإذا كان الأمر كذلك فهو عندهم بمنزلة خيار الشرط، لهذا يمكن القول: إن خيار الرؤية حكمه عند المالكية حكم خيار الشرط، وقد سبق بحث العقود التي يدخلها خيار الشرط عند المالكية عند الكلام على خيار الشرط.

وقد جاء في منح الجليل: «هل تجوز مساقاة الغائب بلا وصف وبلا رؤية سابقة، بشرط خيار العامل بالرؤية كالبيع، وهو الظاهر، ويؤخذ من تشبيهها فيها بالبيع»[(٢)].

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٧).

(٢) منح الجليل (٧/ ٤٠١).

فحين أجاز خيار الرؤية في عقد المساقاة للغائب، قال: قياسًا على البيع؛ لأنها تشبه البيع باعتبار ذلك عقد معاوضة.



المبحث الثالث
شروط خيار الرؤية

الشرط الأول
عدم رؤية المبيع

[م-٥١٨] يشترط لثبوت خيار الرؤية عند الحنفية: عدم رؤية المبيع، فإن اشترى المبيع، وهو يراه فلا خيار له؛ لأن الأصل لزوم العقد وانبرامه[(١)].

وقيد الحنفية الرؤية أن تكون بقصد الشراء، فإن رأى شخص مالًا ولم يقصد برؤيته شراءه، ثم اشتراه بعد ذلك ثبت له الخيار، وعللوا ذلك: بأن الرؤية إذا لم تكن بقصد الشراء فلا تستوفى.

وكذلك إذا رآه بقصد الشراء، ثم اشتراه، وهو لا يعلم أنه المال الذي رآه، كان مخيرًا، كما لو رأى المشتري سراويل بقصد شرائها، ثم ا شتراها بعد مدة في صوانه الذي يحفظ فيه، ولم يعلم أن هذا هو عين ما رآه، فإن له الخيار[(٢)].

ويشترط المالكية مع عدم الرؤية: شرطين آخرين: ألا يوصف أيضًا، وأن يشترط الخيار في صلب العقد، كما بينا سابقًا في الخلاف في مشروعية خيار الرؤية.

فإن كان المشتري لم يره وقت الشراء، ولكن قد رآه قبل ذلك، فإن كان لم يتغير عن حاله التي رآه عليها فلا خيار له؛ لأن العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٢٩).

وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار، لأنه لما تغير عن حاله لم تكن رؤيته السابقة مفيدة للعلم بالمبيع، ولأنه بتغير ذلك المال أصبح بمنزلة مال آخر كأن لم يره. وهذا متفق عليه بين الحنفية والمالكية[١].



(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٩)، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٣٢)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٢٩)، المدونة (٤/ ٢٠٨)، التلقين (٢/ ٣٦٢)، القوانين الفقهية (ص١٧٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٥، ٢٦).

الشرط الثاني
أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين

[م-٥١٩] اشترط الحنفية لثبوت خيار الرؤية أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى إنهما لو تبايعا عينًا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما، ولو تبايعا دينًا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما. ولو اشترى عينًا بدين فللمشتري الخيار، ولا خيار للبائع، وإنما كان كذلك؛ لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده؛ لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ، فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكن الرد مفيدًا، بخلاف ما إذا كان عينًا؛ لأن العقد ينفسخ برده؛ لأنه يتعين بالعقد، فيتعين في الفسخ أيضا، فكان الرد مفيدًا، ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد، وإنما يملك بالقبض، فلا يرد عليه الفسخ، ولهذا يثبت خيار الرؤية في الإجارة، والصلح عن دعوى المال، والقسمة، ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثبت في المهر، وبدل الخلع والصلح عن دم العمد، ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال، فصار الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا»[1].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢)، وانظر الفتاوى الهندية (٣/ ٥٨).

وقد زدت هذه المسألة وضوحًا فيما سبق حين كان الكلام على شرح تعريف خيار الرؤية، وعلى بيان العقود التي يدخلها خيار الرؤية، وأن السلعة إذا كانت موصوفة غير معينة، وبيعت بثمن حال فلا يثبت فيها خيار الرؤية، ويسمى هذا العقد بيع السلم حالًا كان أو مؤجلًا، فإن جاء به على الوصف الذي تم به العقد أصبح العقد لازمًا، ولا خيار للمشتري، وإن كان المدفوع لم يكن مطابقًا للصفة التي جرى العقد عليها أصبح البائع مطالبًا بدفع ما هو مطابق للموصوف؛ لأن المبيع لم يتعين في عين ذلك الشيء المدفوع، وإنما تعلق بذمة البائع، ولم يتعلق بشيء معين، فيبقى العقد قائمًا، ويلزم البائع بدفع سلعة مطابقة للصفة المتفق عليها.

❊ ❊ ❊

الشرط الثالث
كون المعقود عليه مما يقبل الفسخ

[م-٥٢٠] الخيار إنما شرع ليتمكن العاقد من الفسخ، فإذا كان العقد مما لا يقبل الفسخ لم يكن هناك فائدة من اشتراط الخيار، ولذلك عقد النكاح لما كان من العقود التي لا تقبل الفسخ على الصحيح لم يكن الخيار فيه مشروعًا.

وأخرج بذلك المهر، وبدل الخلع، والصلح عن القصاص، فإنه لا يدخلها خيار الرؤية وقد نص على ذلك الحنفية، حتى ولو كانت أعيانًا لعدم قبولها الفسخ؛ ولأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائمًا، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا(١).



(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٧).



المبحث الرابع
خلاف العلماء في مشروعية خيار الرؤية

[م-٥٢١] اختلف الفقهاء في إثبات خيار الرؤية للمبيع إذا اشترى المشتري شيئًا معينًا لم يره على أربعة أقوال: .

القول الأول:

يثبت خيار الرؤية بحكم الشرع، دون حاجة إلى اشتراط، سواء بيع الغائب بلا وصف ولا رؤية، أو بيع بالوصف فقط، ويحق للعاقد فسخ إذا رأى المبيع، ولو كان المبيع مطابقًا لما وصف له، وهذا مذهب الحنفية(١)، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية(٢).

القول الثاني:

إذا بيع المعين بلا وصف ولا رؤية، لم يصح العقد إلا بشرط خيار الرؤية.

وإن بيع الغائب بالوصف صح ولو لم يشترط الخيار، وإن جاء مطابقًا للموصوف فلا خيار للمشتري إلا أن يشترطه، وهذا مذهب المالكية(٣).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢)، فتح القدير (٦/ ٣٣٥)، المبسوط (١٣/ ٦٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٤، ٢٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٨) وما بعدها، فتح القدير مع العناية (٦/ ٣٣٥)، مجلة الأحكام الشرعية، مادة (٣٢٠). وقد أجاز الحنفية بيع الشيء المعين بلا صفة، ولا رؤية متقدمة، ويثبت له خيار الرؤية إذا رآه.

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٩٦)، الكافي (٢/ ١٢)، المبدع (٤/ ٢٥).

(٣) التمهيد (١٣/ ١٥)، التلقين (ص٣٦١، ٣٦٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢٩٦، ٢٩٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٥ - ٢٧)، التاج والإكليل (٦/ ١١٨، ١١٩)، المنتقى (٤/ ٢٨٧).

القول الثالث:

يثبت الخيار للمشتري إن باعه بالوصف، وله الخيار إذا رآه وإن وجده كما وصف، وهو قول في مذهب الشافعية[١].

وعللوا ذلك: بأن الخبر ليس كالمعاينة.

القول الرابع:

لا يثبت خيار الرؤية مطلقًا، لا بحكم الشرع، ولا عن طريق الاشتراط، وهذا هو القول الراجح في مذهب الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣]، واختاره القاضي أبو محمد البغدادي من المالكية[٤].

□ دليل من قال: يثبت خيار الرؤية بلا شرط:

الدليل الأول:

(ث-٨٧) ما رواه الطحاوي من طريق هلال بن يحيى بن مسلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن رباح بن أبي معروف المكي، عن ابن أبي مليكة **عن علقمة بن وقاص الليثي، قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان ابن عفان مالًا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أر، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان**[٥].

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٥).

(٢) الأم (٣/ ٧٥)، المجموع (٩/ ٣٤٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٨)، حاشية الجمل (٣/ ٣٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٨).

(٣) المغني (٤/ ١٥)، الإنصاف (٤/ ٢٩٦) و(٦/ ٣٢)، الكافي (٢/ ١٢)، المبدع (٤/ ٢٥).

(٤) المنتقى (٤/ ٢٨٧)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٢١، ٥٢٢).

(٥) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠).

[إسناده ضعيف][(١)].

وجه الاستدلال:

قول طلحة رضي الله عنه: (لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره) دليل على أن من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار، ولو لم يشترط.

ويجاب عنه بأجوبة:

الأول: أنه ضعيف الإسناد، والحجة إنما تكون فيما صح إسناده.

الثاني: قال النووي: «والجواب عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم، والصواب عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة»[(٢)].

ويجاب عن هذا:

بأن دعوى أن القول لم ينتشر بين الصحابة تحتاج إلى دليل، فلو صح لكان حجة عند من يرى أن قول الصحابي حجة؛ لأن هؤلاء ثلاثة من أصحاب النبي ﷺ بينهم عثمان رضي الله عنه، وهو خليفة راشد، له سنة متبعة، ولكن ذلك لم يصح.

الدليل الثاني:

(ح-٤٣٢) ما رواه ابن أبي شيبة، حدثنا إسماعيل - يعني ابن عياش- عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن مكحول رفعه، قال: **إذا اشترى الرجل الشيء، ولم ينظر إليه غائبًا عنه، فهو بالخيار إذا نظر إليه، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك**[(٣)].

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ث ١٢).

(٢) المجموع (٩/ ٣٦٥).

(٣) المصنف (٤/ ٢٦٨) ومن طريق إسماعيل بن عياش رواه الدارقطني في السنن (٣/ ٤)، والبيهقي (٥/ ٢٦٨)، وذكره البيهقي في معرفة السنن (٤/ ٢٧٢).

وجه الاستدلال:

أنه جعل الخيار في حق المشتري، ولو لم يشترط إذا اشترى شيئًا لم يره.

وأجيب:

بأن الأثر لا حجة فيه؛ لأنه مرسل، على ضعف في إسناده[١].

قال النووي: «حديث ضعيف باتفاق المحدثين، وضعفه من وجهين:

أحدهما: أنه مرسل؛ لأن مكحولًا تابعي.

والثاني: أن أحد رواته ضعيف»[٢].

وانظر بقية أدلة المسألة في بيع العين الغائبة بلا صفة ولا رؤية متقدمة، فإن الخلاف في تلك المسألة مرتبط كل الارتباط في الخلاف في هذه المسألة.

❑ دليل من قال: له الخيار إذا اشترط.

(ث-٨٨) روى الطحاوي من طريق شعيب بن أبي حمزة، عن الزهري، قال: أخبرني سالم **أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ركب يومًا مع عبد الله بن بحينة... وهو من أصحاب النبي ﷺ إلى أرض له بريم، فابتاعها منه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، على أن ينظر إليها، وريم من المدينة على قريب من ثلاثين ميلًا**[٣].

[إسناده صحيح].

وجه الاستدلال:

أن عبد الله بن عمر قد اشترى ما لم يره، ورأى ذلك جائزًا، وعبد الله ابن عمر رضي الله عنه من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم.

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ح ١٩٣).

(٢) المجموع (٩/ ٣٦٥).

(٣) شرح معاني الآثار (٤/ ٣٦٢).

والأثر صريح بأنه اشترى المال من غير رؤية؛ وإنما صح لاشتراطه خيار الرؤية، ولو كان الخيار ثابتًا له من غير اشتراط لم يشترط ابن عمر الخيار في عقدة البيع.

الدليل الثاني:

أن السلعة إذا بيعت بلا صفة ولا رؤية متقدمة لم يصح البيع إلا بشرط الخيار؛ لأن بيع مجهول الصفة إذا بيع بدون شرط الخيار أدى ذلك إلى الوقوع في الغرر.

وإذا بيعت السلعة بالصفة، ولم يشترط المشتري الخيار، فإن طابق الموصوف صفته لم يثبت فيه خيار الرؤية قياسًا على بيع السلم إذا جاء به البائع على صفته، وإن جاء به مغايرًا للصفة التي وقع العقد عليها كان للمشتري الخيار؛ للخلف في الصفة[١].

❑ دليل من قال: لا يصح اشتراط خيار الرؤية.

ثبوت خيار الرؤية مبني على صحة بيع الشيء دون صفة أو رؤية متقدمة، و بيع الشيء دون صفة أو رؤية متقدمة لا يجوز، والأدلة على ذلك كثيرة منها:

الدليل الأول:

(ح-٤٣٣) حديث أبي هريرة ﵁: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر. رواه مسلم[٢].

وجه الاستدلال:

بيع الشيء بلا رؤية، ولا صفة ينطوي على جهالة وغرر.

---

(١) انظر المنتقى للباجي (٤/ ٢٨٧).

(٢) صحيح مسلم (١٥١٣).

ورد الحنفية:

بأن الجهالة في المبيع ليست كلها تؤدي إلى إبطال البيع، فالجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأننا نثبت للمشتري الخيار إذا رأى المبيع، فإذا لم يوافقه رده، وإن قبل المبيع بعد رؤيته، لم يكن هناك ضرر عليه[١].

الدليل الثاني:

(ح-٤٣٤) ما رواه أحمد من طريق يونس، عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام، قال، قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق، فقال: **لا تبع ما ليس عندك**[٢].

[منقطع يوسف لم يسمعه من حكيم][٣].

وجه الاستدلال:

بيع الغائب بيع شيء غير موجود عند الإنسان حال العقد، فيكون داخلًا في عموم النهي الوارد به الحديث.

ونوقش هذا الاستدلال:

سبق أن تكلمت عن حديث حكيم بن حزام، وما المراد منه في مسألة سابقة، وخلاف العلماء في تأويله، فحكيم بن حزام كان يبيع شيئًا معينًا لم يملكه بعد، فقد يحصل عليه في السوق، وقد لا يحصل عليه، فالأمر يتعلق في القدرة على تسليم المبيع، والذي هو شرط من شروط البيع، وأما بيع الغائب فهو في ملك البائع قد استقر ملكه عليه، فافترقا.

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ٢٥).

(٢) المسند (٣/ ٤٠٢).

(٣) سبق تخريجه، انظر (ح رقم ٢٣١).

الدليل الثالث:

النهي عن بيع المنابذة، والملامسة.

(ح-٤٣٥) فقد روى البخاري ومسلم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، **أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة**[١].

وجه الاستدلال:

نهى الحديث عن بيع الملامسة والمنابذة، وهما بيع للسلعة بمجرد اللمس والنبذ، دون رؤية أو تقليب، فدل على وجوب رؤية المبيع.

واعترض على هذا الاستدلال:

بأن النهي ليس لعدم رؤية المبيع؛ لأن هذا البيع إنما هو بيع عين حاضرة، وليس من بيع الغائب بشيء، وإنما هذه بيوع كانت في الجاهلية لازمة للمتعاقدين بمجرد اللمس والنبذ، فهو نوع من بيوع القمار، وقد فسره راوي الحديث، وتفسيره أولى بالقبول

(ح-٤٣٦) فقد روى البخاري من طريق عقيل، عن ابن شهاب، قال: أخبرني عامر بن سعد أن أبا سعيد رضي الله عنه أخبره، **أن رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه، أو ينظر إليه، ونهى عن الملامسة، والملامسة: لمس الثوب لا ينظر إليه**[٢].

ليس في ثبوت خيار الرؤية نص من خبر أو أثر يمكن الاحتجاج به، خاصة إذا قلنا: إن خيار الرؤية يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراط، فيعني هذا أن تكون نصوص الشريعة صحيحة صريحة في ثبوته، ولكن اشتراط خيار الرؤية في

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٦)، ومسلم (١٥١١).

(٢) صحيح البخاري (٢١٤٤)، ومسلم (١٥١٢).

عقدة البيع يدخل في خيار الشرط، والأصل في خيار الشرط الجواز هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المسألة على قدر كبير من الأهمية لوقوع التجار فيها، وأحيانًا لو انتظر المشتري؛ ليرى السلعة، فقد تفوته الصفقة؛ لكثرة الطلب عليها، والذي أفضله في المعاملات، خاصة في المسائل التي لم يرد فيها نص صريح، أن ينظر إلى مقاصد الشريعة في إباحتها ومنعها، فمن مقاصد الشريعة في المعاملات: إقامة العدل بين الناس، ومنع الظلم، ودفع الغرر الكثير، وإغلاق كل باب يؤدي إلى التنازع والتباغض، ومفسدة الغرر أخف من مفسدة الربا، فلذلك رخص في الغرر فيما تدعو إليه الحاجة منه، كما رخص في اليسير، وفي الشيء غير المقصود والذي يدخل تبعًا.

إذا عرفنا هذا يمكننا أن نقول: إن بيع الغائب إن وقع بلا وصف ولا رؤية فهو بيع جائز فيما أرى، ولكنه غير لازم، فللمشتري الخيار مطلقًا إذا رأى السلعة، وهنا نكون قد حققنا المصلحة لكل من المتعاقدين، مصلحة البائع، ومصلحة المشتري، من غير لحوق ضرر فيهما، ودفعنا خوف الوقوع في الغرر، بكون البيع لا يلزم إلا إذا رأى المبيع.

ولابد للمشتري أن يشترط الخيار في العقد؛ لأنه ليس هناك نصوص في ثبوت خيار الرؤية بمجرد العقد، وخوفًا من الاختلاف، أو من قول: إن الخيار لا يثبت إلا بالنص الشرعي كخيار المجلس، أو بالعرف، أو باشتراط، فإذا اشترط المشتري له الخيار انقطع النزاع.

وأما إذا اشترى البضاعة بالوصف، فإن كان الوصف مطابقًا لم يكن للمشتري الخيار إلا بعرف، أو شرط، ويكون البيع لازمًا، فإن وجد الصفة غير مطابقة، فللمشتري الخيار بين القبول أو الرد، وإذا تنازعا، فالبائع يدعي أن الصفة مطابقة للموصوف، والمشتري يدعي عدم المطابقة، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه الغارم، والله أعلم.

المبحث الخامس
مبطلات خيار الرؤية

[م-٥٢٢] سبق لنا أن أخذنا مبطلات خيار المجلس، وخيار الشرط، والسؤال في هذا البحث بأي شيء يبطل خيار الرؤية؟

وللجواب على ذلك: نقول هذا البحث لا يتأتى على مذهب الشافعية والحنابلة؛ لأنهم لا يقولون بخيار الرؤية أصلًا.

وبقي تحرير مذهب الحنفية والمالكية:

الأول: مذهب الحنفية:

يسقط خيار الرؤية عند الحنفية بأمور، منها:

الأول: إذا تعذر فسخ العقد، كما لو تصرف المشتري بالمبيع تصرفًا لا يقبل الفسخ كالإعتاق والتدبير. أو تصرف تصرفًا يوجب حقًا للغير كالبيع والإجارة، والرهن؛ فإن تعذر الفسخ يوجب لزومه، ويسقط خيار الرؤية، ولا فرق في ذلك كون هذا التصرف قبل الرؤية أو بعدها.

وقولنا: (يسقط... إذا تعذر الفسخ) احترازًا من التصرفات التي لا يتعذر معها الفسخ، كما لو عرضه للبيع قبل الرؤية، أو وهبه قبل الرؤية ولم يتم التسليم، أو عرضه للمساومة قبل الرؤية، ؛ فإن هذه التصرفات وإن كانت دالة على الرضا، فإنه لا يسقط بها خيار الرؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يسقط بصريح الرضا قبل الرؤية، فكونه لا يسقط بدلالة الرضا من باب أولى[1].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٧) مجمع الأنهر (٢/ ٣٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٥، ٥٩٦).

ولو عرض على البيع بعض المبيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد، ولا يبطل في قول أبي يوسف، كذا في فتاوى قاضي خان، والصحيح قول أبي يوسف كذا في البدائع[١].

الثاني: هلاك المبيع أو بعضه.

الثالث: إذا تعيب في يد المشتري.

الرابع: قبض المبيع، ونقد الثمن بعد الرؤية.

الخامس: حصول الزيادة في المبيع، وهو في يد المشتري أو وكيله يسقط خيار الرؤية، سواء أكانت تلك الزيادة متصلة، أو منفصلة[٢].

السادس: موت المشتري.

خيار الرؤية عند الحنفية لا ينتقل بالموت، ومع اعتبار هذا الخيار يثبت بحكم الشرع، فقد ذهبوا إلى أنه مرتبط بالإرادة من حيث الاستعمال، وإذا كان مرتبطًا بالإرادة لم يورث، وإنما هو اختيار، فحقيقته لمطلق التروي، لا لتحاشي الضرر، أو الخلف في الوصف، غايته: أن ينظر المشتري أيصلح له أم لا؟[٣].

السابع: الأمور التي تبطل خيار الشرط تبطل خيار الرؤية[٤].

قال في مجمع الأنهر: «غير منعكس، فلا يقال: ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية، لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية، فإنه يبطل خيار الرؤية والعيب، لا الشرط»[٥].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٣٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠).

(٣) انظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٧٦) و (٣٩/ ٢٦٨).

(٤) البحر الرائق (٦/ ٣٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠).

(٥) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٣٦).

ولم يرتض ابن نجيم هذه العبارة من صاحب الكنز، أعني قوله: (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط)؛ لأنه يرد عليه الأخذ بالشفعة[١]، والعرض على البيع، والبيع بخياره، والإجارة، والإسكان بلا أجر، فإنها تبطل خيار الشرط، دون الرؤية[٢].

قال ابن عابدين: «والصواب إسقاط قوله: (والإجارة) فإنها توجب حقًا للغير... ثم إن ما أورده في البحر احترز عنه الشارح بقوله (ومفيد الرضا بعد الرؤية لا قبلها) فإن هذه الأشياء لا تبطل خيار الرؤية قبل الرؤية؛ لأنها تفيد الرضا، وصريح الرضا قبلها لا يبطله، فلذا قال: بعد الرؤية لا قبلها، لكن يبقى إيراد البحر واردًا على قوله: وهو مبطل خيار الشرط مطلقًا، فإن هذه الأشياء تبطل خيار الشرط، فيتوهم أنها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها، مع أنها لا تبطله قبلها لما علمت...»[٣].

هذا ملخص ما يبطل خيار الرؤية عند الحنفية.

القول الثاني: مذهب المالكية:

خيار الرؤية عند المالكية: نوع من خيار التروي، لأنه لا يثبت هذا الخيار عندهم إلا عن طريق الاشتراط، كما بينا في بحث سابق، وكل خيار عند المالكية لا يثبت إلا عن طريق الاشتراط أو العادة فهو من قبيل خيار التروي.

---

(١) يقصد بذلك أنه لو اشترى دارًا لم يرها، فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة، لا يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية، كذا في فتاوى قاضي خان، وهو المختار كذا في النهر الفائق.
انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠) بينما لو فعل ذلك في خيار الشرط بطل خياره.

(٢) انظر البحر الرائق (٦/ ٣٠).

(٣) المرجع السابق.

جاء في الفواكه الدواني: «خيار التروي عندنا إنما يكون بالشرط، كما قال خليل: إنما الخيار بشرط أو عادة»[١].

وجاء في القوانين الفقهية: «والخيار المشروط: هو خيار التروي»[٢].

وإذا كان يأخذ حكم الشرط في ثبوته، فهو أيضًا يأخذ حكم الشرط في بطلانه، وقد سبق لنا تحرير مذهب المالكية في مبطلات خيار الشرط، فأغنى عن إعادته هنا.

❑ الراجح من الخلاف:

بينا فيما سبق عند البحث عن مشروعية خيار الرؤية أن هذا الخيار لا يوجد نص أو أثر في ثبوته، وتبقى الحاجة إليه بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة، ومشروعيته متوقفة على اشتراطه لأنه إذا اشترى ما لم ير، ولم يوصف بدون اشتراط الخيار فالبيع لم ينعقد، للجهالة في المبيع، وليس فيه خيار على

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ٣٨).

(٢) القوانين الفقهية (ص١٨٠)، وقال في مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩): «وينقسم -يعني الخيار - إلى خيار ترو، وإلى خيار نقيصة؛ لأنه إما من جهة العاقد، أو من جهة المعقود عليه، فإن كان من جهة العاقد بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما: فهو خيار التروي، ويسمى الخيار الشرطي. والتروي: النظر، والتفكر في الأمر، والتبصر فيه.
وإن كان موجبه ظهور عيب في المبيع، أو استحقاق فهو خيار النقيصة، ويسمى الخيار الحكمي.
وقد يقال: إما أن يكون موجب الخيار مصاحبًا للعقد، أو متقدمًا عليه، والأول: هو التروي؛ لأنه بشرط أحد المتبايعين حين العقد، والثاني: خيار النقيصة؛ لأن العيب الموجب للخيار، هو القديم السابق على العقد».
فهذا النص صريح بأن الخيار إذا كان عن طريق الاشتراط أنه من قبيل خيار التروي، والمالكية يشترطون في خيار الرؤية أن يكون مشروطًا حين العقد.

الصحيح؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بنص أو شرط أو عرف، وإن اشتراه بشرط أن يكون له الخيار إذا رآه، صح، لأن الخيار يجعل العقد غير لازم، وينتفي معه خوف الغرر. وإن اشتراه موصوفًا صح ولو لم يشترط الخيار، فإن جاء مطابقًا لم يكن له خيار إلا أن يشترطه، فدل على أن هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط، فما يبطل خيار الشرط يبطله، والله أعلم.





المبحث السادس
انتهاء خيار الرؤية

هذا البحث له علاقة ما بالبحث السابق، أعني: مبطلات خيار الرؤية؛ لأن انتهاء الخيار يعني بطلان سريان مفعوله، وهو: انتقال العقد من الجواز إلى اللزوم، إلا أنه لما كان انتهاء الخيار قد لا يعني بطلانه، وإنما يعني: استنفاذه، سواء كان ذلك بالرضا بالمبيع، أو كان بمضي مدته على القول بأنه خيار مؤقت، أحببت أن أفرده بعنوان مستقل.





الفرع الأول
انتهاء الخيار بالرضا بالمبيع

[م-٥٢٣] وعلى هذا نقول: ينتهي خيار الرؤية بأمور، منها:

الأول: انتهاء الخيار بإجازة العقد، والرضا به، فإذا وجد من العاقد ما يدل على الرضا بعد رؤية المبيع لا قبلها انتهى الخيار.

والرضا نوعان: صريح ودلالة:

أما الصريح فكأن يقول: أجزت البيع، أو رضيت، أو اخترت، وما جرى مجراها.

والرضا به قبل الرؤية لا يسقط الخيار، وأما بعد الرؤية فيسقطها.

□ وجه التفريق:

أن النص جاء بثبوت الخيار عند رؤية المبيع لا قبلها، فلو قيل: إن الرضا قبل الرؤية يسقط الخيار لأدى ذلك إلى إبطال حكم ثبت بالنص، وإذا كان الخيار معلقًا بالرؤية لم يثبت قبلها، بخلاف الرضا بعد الرؤية فهو على مقتضى النص(١).

فإن قيل: إن الخيار حق للمشتري فله إسقاطه.

أجيب:

بأن هذا الحق ليس حقًا صرفًا للمشتري، فإن شراء الشيء بلا رؤية ولا صفة، ولا خيار، فيه غرر وغبن، وبيع الغرر منهي عنه لذاته، حتى ولو رضي العاقدان، وبإمكانه أن يرضى بعد الرؤية، فيتحقق المراد.

---

(١) انظر المبسوط (١٣/ ٧١)، فتح القدير (٦/ ٣٤٢)، البحر الرائق (٦/ ٢٩).

وأما الرضا دلالة، فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة، كما لو قبضه بعد رؤيته، فإن قبضه بعد رؤيته كالعقد بعد الرؤية يكون العقد لازمًا(١).



(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠).

الفرع الثاني
انتهاء خيار الرؤية بالفسخ

[م-٥٢٤] والفسخ نوعان: اختياري واضطراري.

والاختياري: أن يقول: فسخت العقد، أو نقضته، أو رددته، ونحو ذلك.

وله الفسخ بعد الرؤية قولًا واحدًا عند من يثبت خيار الرؤية.

أما الفسخ قبل الرؤية، ففي مذهب الحنفية قولان:

أحدهما: أنه لا يملك الفسخ قبل الرؤية؛ لأنه لا خيار قبل الرؤية، وإذا كانت الإجازة قبل الرؤية لا تجوز، فلا يجوز الفسخ أيضًا قبلها.

وأجيب:

أن صحة الفسخ لم يكن بسبب الخيار حتى يقال: لا خيار قبل الرؤية، وإنما ثبت الفسخ لعدم لزوم العقد.

والثاني: أنه يملك الفسخ قبل الرؤية، وهو الأصح عندهم؛ لأن العقد غير لازم بسبب جهالة المبيع، وما لم يكن لازمًا فللمشتري فسخه؛ ولأن الفسخ كما يملك بالخيار، يملك أيضًا بسبب عدم لزوم البيع كالعارية، والوديعة، والوكالة[١].

وأما الفسخ الضروري فله صورة واحدة، وهو أن يهلك المبيع قبل القبض، فينفسخ العقد ضرورة، وينتهي معه خيار الرؤية لفوات المحل[٢].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٨).

ويشترط لصحة الفسخ ثلاثة شروط:

الشرط الأول:

قيام الخيار؛ لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد[١].

الشرط الثاني:

ألا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع، فإذا أراد المشتري الفسخ فإما أن يفسخ الكل، أو يرد الكل، لا فرق في ذلك بين ما كان قبل القبض، وما كان بعده.

واختار أبو يوسف في رواية عنه، أنه إذا هلك بعض المبيع في يد المشتري قبل الرؤية، فله أن يرد ما بقي، وجهه: أن المشتري لو صرح بإسقاط الخيار قبل الرؤية لم يسقط خياره، فبهلاك البعض أولى ألا يسقط خياره فيما بقي[٢].

الشرط الثالث:

من شروط صحة الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، أن يعلم البائع بالفسخ.

وعند أبي يوسف ليس بشرط، ومع اختلافهم في اشتراط علم البائع فإنهم متفقون على أن الفسخ لا يتوقف على رضا البائع، بل ينفسخ العقد سواء رضي بذلك البائع أو لم يرض. ولا يتوقف ا لفسخ أيضًا على حكم القاضي، بل بمجرد قوله: رددت ينفسخ قبل القبض وبعده[٣].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المبسوط (١٣/ ٧٢)، البدائع (٥/ ٢٩٨)، الهندية (٣/ ٦٠)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٥٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٠).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٤)، فتح القدير (٦/ ٣٣٩)، البحر الرائق (٦/ ٢٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ٦٠)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٢).

وخلافهم في هذه المسألة كالخلاف في الفسخ في خيار الشرط، وقد بينا أدلة الأقوال هناك، والراجح منها، فأغنى عن إعادته هنا، وقول أبي يوسف أقوى من قول الإمام وصاحبه.



الفرع الثالث
انتهاء الخيار باستنفاذ وقته

[م-٥٢٥] هل خيار الرؤية مؤقت بوقت بحيث ينتهي الخيار باستنفاذ وقته، أو هو على التراخي فلصاحبه أن يختار الرد متى شاء، أو بعبارة أخرى: هل خيار الرؤية على الفور، أم على التراخي؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

خيار الرؤية غير مؤقت، وهو باق إلى أن يوجد ما يبطله، وهذا هو المختار في مذهب الحنفية[1].

القول الثاني:

أنه مؤقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية، ولم يفسخ انتهى خياره، وهذا قول في مذهب الحنفية، وقول في مذهب الشافعية[2]، وقول في مذهب الحنابلة[3].

القول الثالث:

يمتد امتداد مجلس الرؤية، وهو الأصح عند الشافعية، والحنابلة على القول بجواز بيع الغائب[4].

---

(١) فتح القدير (٦/ ٣٤٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٥).

(٢) هذا القول هو معنى قول الشافعية بأنه على الفور، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٥).

(٣) الإنصاف (٤/ ٢٩٦).

(٤) المنثور في القواعد (٢/ ١٤٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٥)، الإنصاف (٤/ ٢٩٦).

❑ دليل من قال: إنه غير مؤقت:

الدليل الأول:

أن النص الذي أثبت هذا الخيار مطلق، ويقصدون بالنص:

(ح-٤٣٧) ما رواه الدارقطني، من طريق أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ قال: قال: **من اشترى شيئًا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه.**

قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف[1].

ويجاب:

بأن الخيار إذا كان غير مؤقت أضر ذلك بالبائع، لأن بقاء العقد غير لازم في مدة مجهولة يضر بالبائع، حيث لا يمكنه أن يتصرف في الثمن خشية فسخ العقد.

الدليل الثاني:

أن الرد حق للمشتري فلا يسقط إلا بما يدل على إسقاطه من قول أو فعل.

الدليل الثالث:

أن هذا الخيار شرعه الشارع من أجل التروي والنظر، فلو طلب من المشتري الرد فورًا وإلا لزمه المبيع لكان في ذلك إضرار به.

ويجاب:

بأنه لا يلزم أن يقال: إما إنه على الفور، وإما أنه غير مؤقت أبدًا طيلة عمره،

---

(١) سنن الدارقطني (٣/ ٤)، وسبق تخريجه، انظر (ح١٩٣).

فهناك قول وسط، وهو أن له النظر ما دام في مجلس الرؤية، فمجلس الرؤية بمنزلة مجلس العقد.

❑ دليل من قال: إنه على الفور:

الدليل الأول:

أن الأصل في البيع اللزوم، والمصلحة التي شرع الرد لأجلها تتحقق مع البدار، وذلك ممكن، فالتأخير تقصير، فيبطل الخيار بالتأخير بلا عذر.

ويناقش:

قولكم (الأصل في البيع اللزوم) هذا في العقد المطلق، أما العقد الذي فيه خيار فليس الأصل فيه اللزوم، والقول بأن المصلحة تتحقق مع الفورية غير صحيح؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى تقليب النظر لينظر في الأصلح، وقد لا يخلص إلى الأصلح له مع إلزامه بالفورية. وقولكم: (إن التأخير تقصير) غير مسلم، فالخيار لم يشرع إلا لإعطاء صاحبه مهلة ليتخير.

الدليل الثاني:

القياس على خيار الشفعة؛ فإنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور.

ويناقش:

بأن خيار الشفعة ليس محل اتفاق بأنه على الفور، والراجح فيه أنه على التراخي، والأحاديث الواردة في خيار الشفعة بأنه على الفور ضعيفة لا تقوم بها حجة، والأصل أن كل من ثبت له حق شرعي فإنه لا يسقط إلا بما يدل على رضاه من قول أو فعل.

❑ دليل من قال: إنه يمتد امتداد مجلس الرؤية:

الدليل الأول:

القياس على خيار المجلس، بجامع أن كلًّا منهما شرع للتروي، والنظر في الأصلح.

الدليل الثاني:

أن اعتبار المجلس قول وسط بين قول الحنفية الذين يقولون: إنه غير مؤقت مطلقًا، فيتضرر البائع، وبين قول الشافعية الذين يقولون: إنه على الفور، فيتضرر المشتري، فاعتبار مجلس الرؤية يحقق مصلحة كل من البائع والمشتري، وإذا كان الفقهاء قد اعتبروا مجلس العقد في صدور القبول، ولم يلزموا المشتري أن يصدر منه القبول حال صدور الإيجاب، واعتبروا التفرق من المجلس قبل صدور القبول يبطل الإيجاب، فكذلك الشأن هنا، والله أعلم.

القول ❑ الراجح:

بعد استعراض أدلة الأقوال، أجد أن القول بأن خيار الرؤية يمتد امتداد مجلس الرؤية هو قول وسط، يحقق مصلحة كل من البائع والمشتري، والقاعدة الشرعية تقول: لا ضرر، ولا ضرار، فهو الراجح عندي، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

الباب الثاني
في خيار النقيصة

الفصل الأول
في خيار العيب

المبحث الأول
تعريف خيار العيب

تعريف خيار العيب:

كلمة (خيار العيب) مركب إضافي من كلمتي (خيار) و (وعيب).

أما كلمة (خيار) فقد سبق تعريفها عند تعريف الخيار بوجه عام وبينا معناها اللغوي والاصطلاحي.

وأما تعريف العيب اصطلاحًا[١]:

فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للعيب، فبعضهم عرفه بتعريف شامل للبيع

---

(١) أما كلمة عيب، فهي في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال: عاب المتاع يعيب عيبًا: أي صار ذا عيب، وجمعه عيوب وأعياب.

قال الليث: العاب والعَيْب لغتان. ومنه المعاب. يقال عاب فلان فلانًا يعيبه عيبًا، ورجل عيّاب وعيّابة إذا كان يعيب الناس، وعاب الحائطُ والشيء إذا صار ذا عيب، وعبته أنا.

وقال أبو الهيثم في قول الله جلّ وعز: ﴿فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ٧٩]، أي أجعلها ذات عيب، يعنى السفينة.

وعاب: لازم ومتعد. =

وغيره، وبعضهم قصره على تعريف العيب في البيع، وهو المعنى به في هذا البحث.

وسوف نعرض تعريفًا واحدًا لكل مذهب:

تعريف الحنفية:

عرفه ابن الهمام بقوله: «والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصًا»[١].

شرح التعريف:

المراد بالفطرة: الخلقة، التي هي أساس الأصل[٢]، فما طرأ على أصل خلقته مما ينقصه يعتبر عيبًا، أما إذا كان أصل خلقته يعتبر رديئًا لم يكن ذلك عيبًا في الأصل الفقهي، وإن كان يعتبر عيبًا بالمعنى اللغوي.

قال في شرح المجلة: «يشترط لثبوت خيار العيب... أن يكون العيب عارضًا، لا من مقتضى الخلقة الأصلية في الشيء، فمن اشترى حنطة مثلًا فليس له أن يردها بخيار العيب؛ لأنها رديئة؛ لأن الجودة والرداءة من أصل الخلقة، ومن اشترى حلة ليس له أن يردها بخيار العيب لمجرد كونها رديئة؛ لأن الشيء يصنع إما جيدًا، وإما رديئًا، فالرداءة موجودة في أصل الصنعة والخلقة»[٣].

= قال الفيومي: استعمل العيب اسمًا، وجمع على عيوب. والمعيب مكان العيب وزمانه. انظر مختار الصحاح (ص١٩٤)، لسان العرب (١/ ٦٣٣) مادة عيب، المصباح المنير (٢/ ٤٣٩)، القاموس المحيط (ص١٥٢).

(١) فتح القدير (٦/ ٣٥٥)، وانظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

(٣) شرح المجلة لمنير القاضي (١/ ٣١١).

وقولنا في العيب: هو الطارئ على أصل الخلقة، لا يفهم منه أن العيب لا يعتبر إلا إذا كان عارضًا على الشيء بعد أن سبق له سلامته منه، فالصمم في الدابة، يعتبر عيبًا لأن ذلك يعتبر طارئًا باعتبار أصل الفطرة، فالفطرة السليمة في مثل هذه الدابة ألا تكون صماء، وألا تكون مكسورة، فلو كان الصمم والكسر من أصل خلقتها اعتبر عيبًا باعتبار أن فطرة هذا الجنس من الحيوان سلامته من ذلك العيب. وهذا بين.

وقوله (مما يعد به ناقصًا) هذا القيد لا بد منه، وليس المراد به النقص الذي هو في مقابل الزيادة، فالزيادة في المبيع قد تكون عيبًا، فالأصبع الزائدة كالأصبع الناقصة، وإنما المقصود مما يعد به ناقصًا أي عن قيمته لو كان سويًا، عند أرباب المعرفة، ولو كان النقص يسيرًا.

قال الكاساني: كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانًا فاحشًا، أو يسيرًا، فهو عيب يوجب الخيار»[1].

تعريف المالكية:

العيب: هو وجود ما العادة السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن، أو المبيع، أو في التصرف، أو خوف في العاقبة.

فالذي يؤثر في نقص الثمن دون المبيع: كما لو وجده آبقا، أو سارقًا.

والذي يؤثر في نقص المبيع دون الثمن كالخصاء في العبد.

والذي يؤثر في نقص التصرف كالعسر والتخنث.

والذي يؤثر في خوف العاقبة كجذام أحد الأبوين[2].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

(٢) انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧).

مذهب الشافعية:

العيب: كل ما ينقص العين أو القيمة نقصًا يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه[١].

وهذا التعريف قريب من تعريف الحنفية.

تعريف الحنابلة:

العيب: هو ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبًا[٢].

وعرفه البهوتي بأنه نقص عين المبيع كخصاء، ولو لم تنقص به القيمة، بل زادت، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار، وإن لم تنقص عينه[٣].

تعريف ابن حزم:

عرفه ابن حزم بقوله: «هو ما حط من الثمن الذي اشترى به، أو باع به ما لا يتغابن الناس بمثله»[٤].

ونلحظ أن كل التعريفات تقريبًا تتفق على أمرين:

الأول: أن النقص الذي يلحق بالمبيع أو بثمنه فهو عيب معتبر، إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه، ونص المالكية والحنابلة بأن نقص العين من العيب، وإن زاد في الثمن كالخصاء.

الثاني: لما كانت العيوب لا يمكن إحصاؤها، كان لا بد من وضع ضابط لما

---

(١) أسنى المطالب (٢/ ٦٠)، تحفة المحتاج (٣/ ٢٢٤)، مغني المحتاج (٢/ ٥٢).
(٢) الإنصاف (٤/ ٤٠٥).
(٣) كشاف القناع (٣/ ٢١٥).
(٤) المحلى (مسألة: ١٥٧٧).

يعتبر عيبًا مؤثرًا، مما لا يعد كذلك. قال ابن تيمية: «لا يطمع في إحصاء العيوب»[١].

لذلك رأى الفقهاء الرجوع إلى عرف التجار في تحديد هل هذا عيب مؤثر، أو غير مؤثر؟

ذكر الحنفية أن المرجع في معرفة العيب عرف أهله[٢].

قال الشيرازي: «والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبًا، فإن خفي منه شيء، رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس»[٣].

قال النووي في شرحه تعليقًا: «لما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها، وما ذكره من الضابط سديد، فإن المدرك في ذلك العرف، ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد، فلذلك جعل ضابطه راجعا إلى العرف، فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا، وما لا فلا»[٤].

وقال في شرح منتهى الإرادات: «ما عده التجار منقصًا أنيط الحكم به؛ لأنه لم يرد في الشرع نص في كل فرد منه، فرجع فيه إلى أهل الشأن»[٥].

وقال القرافي في الفروق: «إذا كان الشيء عيبا في الثياب في عادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن لم ترد

---

(١) نقله ابن قاسم في حاشيته على الروض (٤/ ٤٤١، ٤٤٢).
(٢) العناية شرح الهداية (٦/ ٣٥٧).
(٣) المهذب (١/ ٢٨٦).
(٤) المجموع (٩/ ٥٤٨).
(٥) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٤).

به وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا»[١].



(١) الفروق (١/ ١٧٦)، وانظر تبصرة الحكام (٢/ ٧٣).

المبحث الثاني
حكم كتمان العيب

الفرع الأول
الحكم التكليفي لكتمان العيب

[م-٥٢٦] كتمان العيب غش، والغش متفق على تحريمه(١)، فمن علم عيبًا وجب عليه بيانه لمشتر ونحوه ممن يتضرر بكتمانه، فإن لم يفعل فهو غاش، آثم وعاص.

قال ابن جزي: العيوب وكتمانها غش محرم بإجماع(٢).

قال ابن نجيم: «كتمان عيب السلعة حرام، وفي البزازية وفي الفتاوى: إذا باع سلعة معيبة عليه البيان، وإن لم يبين، قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته. قال الصدر: لا نأخذ به»(٣).

وقال النووي: «من ملك عينًا، وعلم بها عيبًا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وهذا الحكم متفق عليه... لا خلاف فيه بين العلماء، قال الشافعي رحمه الله في آخر باب الخراج بالضمان من المختصر: وحرام التدليس»(٤).

---

(١) موسوعة الإجماع لسعدي أبو حبيب (٢/ ٨٦٧)، كتمان العيب يدخل في الغش؛ لأن الغش أوسع من كتمان العيب.
(٢) القوانين الفقهية (ص١٧٥).
(٣) البحر الرائق (٦/ ٣٨)، قوله: (ولا نأخذ به) أي لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا؛ لأنه صغيرة. انظر هامش البحر الرائق المسمى منحة الخالق على البحر الرائق (٦/ ٣٨) والفتاوى الهندية (٣/ ٢١٠).
(٤) المجموع (١١/ ٣٠٤، ٣٠٥).

وقال ابن رشد: «لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع عبدًا، أو أمة، أو سلعة من السلع، أو دارًا، أو عقارًا، أو ذهبًا، أو فضة، أو شيئًا من الأشياء، وهو يعلم فيه عيبًا، قل أو كثر، حتى يبين ذلك لمبتاعه، ويقفه عليه وقفًا يكون علمه به كعلمه، فإن لم يفعل ذلك وكتمه العيب، وغشه بذلك، لم يزل في مقت الله، ولعنة ملائكة الله...»(١).

وهناك قول في مذهب الحنابلة ذكره أبو الخطاب: أن كتمان العيب يكره، قال في التبصرة: نص عليها أحمد، لكن قال صاحب الإنصاف: مراد الإمام أحمد بالكراهة: التحريم(٢).

والأدلة على تحريم الغش وكتمان العيب ووجوب النصيحة كثيرة جدًا، وحكمها معلوم من الشريعة.

(ح-٤٣٨) من ذلك ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن قتادة، عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث رفعه إلى حكيم بن حزام ﵁،

---

(١) المقدمات (٢/ ١٠٠) واستدل ابن رشد بما رواه ابن ماجه (٢٢٤٧) والطبراني في المعجم الكبير (٢٢/ ٦٥) رقم ١٥٧من حديث واثلة بن الأسقع، أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من باع عيبًا لم يبينه لم يزل في مقت الله، ولم تزل الملائكة تلعنه.**
وفي إسناده بقية بن الوليد متهم بالتدليس على اختلاف عليه في إسناده.
وجاء في العلل لابن أبي حاتم (١١٧٣) سألت أبي عن حديث رواه يزيد بن عبد ربه، عن بقية، عن معاوية بن يحيى، عن العلاء بن الحارث، عن مكحول، وسليمان بن موسى، عن واثلة ابن الأسقع، قال: وذكر الحديث. قال أبي: هذا حديث منكر، ومعاوية بن يحيى هو الصدفي.
وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٣٠) بسبب بقية وشيخه.
وانظر الإعلان بأحكام البنيان (١/ ٣٢٩)، المجموع (١١/ ٣٠٣)، الإنصاف (٤/ ٤٠٤).

(٢) قال في الإنصاف (٤/ ٤٠٤): «وأما كتمان العيب، فالصحيح من المذهب أنه حرام، وعليه أكثر الأصحاب، وهو الصواب. وذكر أبوالخطاب: أنه يكره... قلت: والقائل صاحب الإنصاف: الذي يظهر أن مراد الإمام أحمد ﵀ بالكراهة التحريم».

قال: قال رسول الله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما**(١).

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: **وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما**. ومحق البركة عقوبة لا تكون إلا من أمر محرم.

الدليل الثاني:

(ح-٤٣٩) ما رواه مسلم من طريق العلاء، عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللًا، فقال ما هذا يا صاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: **أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني**(٢).

قال القرافي في الذخيرة: يعاقب الغاش لمعصيته؛ لقوله عليه السلام: من غشنا فليس منا(٣).

وفي هذا الحديث دليل على أن الغش كبيرة من كبائر الذنوب.

الدليل الثالث:

(ح-٤٤٠) ما رواه البخاري في صحيحه من طريق إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس بن أبي حازم، عن **جرير بن عبد الله**، قال رضي الله عنه قال: **بايعت رسول الله ﷺ على إقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، والنصح لكل مسلم**(٤).

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).

(٢) صحيح مسلم (١٠٢).

(٣) الذخيرة للقرافي (٥/ ٨٦).

(٤) البخاري (٥٧)، ومسلم (٥٦).



الفرع الثاني
الحكم الوضعي لكتمان العيب

[م-٥٢٧] سبق لنا أن كتم العيب في البيع محرم، وهذا حكمه التكليفي، فهل تحريم كتمان العيب يؤثر في صحة العقد، أو أن العقد صحيح، والمحرم هو الكتمان خاصة، اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

البيع صحيح لازم من جهة البائع، ولكنه غير لازم من جهة المشتري.

وهذا مذهب جماهير العلماء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

القول الثاني:

أن البيع باطل، حكي ذلك عن داود الظاهري(٥)، واختاره بعض الحنابلة(٦).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٣، ٢٧٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٦)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩٧)، فتح القدير (٦/ ٣٥٥).
(٢) المقدمات (٢/ ١٠٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ١١٩)، المعونة (٢/ ١٠٥٠)، التفريع (٢/ ١٧٣)، الكافي (ص٣٤٦، ٣٤٧).
(٣) إعانة الطالبين (٣/ ٣٠)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٥، ٢٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٤٤، ٢٤٥).
(٤) الإنصاف (٤/ ٤١٠)، الكافي (٢/ ٨٠)، المبدع (٤/ ٨٧)، المحرر (١/ ٣٢٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٢١٨).
(٥) نسبه السبكي لداود في تكملة المجموع (١٢/ ١١٣)، وانظر الحاوي الكبير (٥/ ٢٦٩).
(٦) المغني (٤/ ١٠٨).

الدليل الأول:

(ح-٤٤١) من السنة ما رواه البخاري من طريق جعفر بن ربيعة، عن الأعرج، قال أبو هريرة، عن النبي ﷺ: **لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**[١].

وجه الاستدلال:

ثبوت الخيار للمشتري فرع عن صحة البيع، فلو كان البيع باطلًا لما ثبت فيه الخيار، ولتعين الرد.

الدليل الثاني:

أن التحريم لا يرجع إلى ذات العقد، وإنما يرجع إلى أمر خارج، وهو الكتمان، والكتمان معنى متعلق بالعاقد، وليس بالعقد، والنهي إذا لم يكن عائدًا إلى العقد صح مع الإثم، فجعل لمن وقع عليه الغش الخيار، إن شاء أمضاه، وإن شاء رده، ولم يجعل الخيار للبائع؛ لأنه لم يقع عليه غش، وإنما يبطل العقد إذا توجه النهي إلى المعقود عليه، وهو ما ليس موجودًا هنا.

الدليل الثالث:

حكى ابن قدامة الإجماع على صحة البيع، قال: «متى علم بالبيع عيبًا لم يكن عالمًا به فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافًا»[٢].

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨)، ورواه مسلم (١١ - ١٥١٥).

(٢) المغني (٤/ ١٠٨)، وانظر المجموع (١١/ ٢٠٥)، الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه الإسلامي (ص٤٢١).

❑ دليل من قال: إن العقد باطل:

يستدل لهذا القول بأن الغش محرم، ومنهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

(ح-٤٤٢) وقد روى مسلم من طريق سعد بن إبراهيم، عن القاسم بن محمد، قال: أخبرتني عائشة أن رسول الله ﷺ قال: **من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد**[(١)].

ومعنى: رد: أي مردود على صاحبه، والمردود: هو الباطل.

ولأن تصحيح البيع، يكون تصحيحًا لما نهى عنه الشارع، وهذا خلاف مقصود الشارع.

❑ الراجح:

هذه المسألة ترجع إلى مسألة أصولية، وهو هل النهي المطلق يقتضي فساد المنهي عنه، أو لا يقتضي ذلك؟

وهي مسألة خلافية، وقد تم التعرض لها في أول البحث، ورجحت فيها: أن الأصل الشرعي أن النهي المطلق يقتضي فساد المنهي عنه، فقد أمرنا الله ﷻ باجتناب ما نهى عنه، أو نهى عنه رسوله ﷺ، ووقوعه منا مخالفة لأمر الله ورسوله ﷺ، ولكن إذا وجد ما يدل على صحة الفعل بعد وقوعه عمل بذلك، كما أننا نقول: الأصل في الأمر الوجوب وفي النهي التحريم، وإذا ما وجد ما يدل على الاستحباب أو الكراهة عمل به، ومن القرائن الصارفة للنهي عن الفساد أن يكون النهي لا يعود إلى العقد، وإنما يعود إلى أمر خارج عنه، كما

(١) صحيح مسلم (١٧١٨).

هو الحال في هذه المسألة، ومثله لو كان النهي لحق الآدمي مثلًا، كتلقي الجلب، وزيادة الناجش، وعقد المصراة ونحوه، فإن الفعل محرم، والعقد صحيح.



المبحث الثالث
العقود التي يدخلها خيار العيب

[م-٥٢٨] لم يتكلم في هذه المسألة فيما أعلم إلا الحنفية والمالكية، وحتى يمكن أن نضع ضابطًا للعقود التي يدخلها خيار العيب والتي لا يدخلها، أقول:

الأول: لا يثبت خيار العيب إلا في العقود اللازمة، وذلك أن العقود الجائزة يكتفى بجوازها عن المطالبة بالفسخ.

الثاني: لا يثبت خيار العيب إلا في العقود التي تقبل الفسخ؛ لأن خيار العيب من أجل تمكين المشتري من فسخ العقد، ورد السلعة بالعيب.

يقول السنهوري: «وخيار العيب كخيار الرؤية لا يثبت إلا في العقود التي تحتمل الفسخ، كالبيع، والإجارة، والقسمة، والصلح عن مال على شيء بعينه»[(١)].

وقال الأتاسي في شرح المجلة: «يثبت - يعني خيار العيب - في البيع، والمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، وبدل الصلح عن المال، والقسمة، والإجارة. . .»[(٢)].

وقال ابن رشد الحفيد: «أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضًا في أنه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات لغير الثواب، والصدقة، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود، أعني: ما جمع قصد

---

(١) مصادر الحق (٤/ ٢٤٧).

(٢) شرح المجلة (٢/ ٢٨٩)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

المكارمة والمعاوضة، مثل هبة الثواب، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل: يحكم به إذا كان العيب مفسدًا»[١].

ويرى الحنفية أن النكاح لا يثبت فيه خيار العيب، فلا ترد المرأة عندهم بعيب ما[٢].

وذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى دخول خيار العيب في عقد النكاح.



---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٣١).

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام (ص١٥٣).

(٣) أسنى المطالب (٣/ ١٧٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٣١٢).

(٤) كشاف القناع (٥/ ١١٢).

المبحث الرابع
خيار العيب يثبت بلا اشتراط

[م-٥٢٩] معلوم أن الخيار قسمان:

خيار يثبت بالشرع، ويسمى خيارًا حكميًا: وهو ما يثبت بمجرد حكم الشارع، فهذا الخيار لا يتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامه، بل ينشأ لمجرد وقوع سببه الذي ربط قيامه به، وذلك مثل: خيار العيب.

يقول ابن عابدين في حاشيته: «خيار العيب يثبت بلا شرط»[(١)].

وذلك لأن موجب الخيار في العيب ظهور عيب أو استحقاق، فيثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرعي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي، أو ظهور استحقاق في المبيع كتمه البائع[(٢)].

النوع الثاني: الخيار الإرادي: وهو الخيار الذي ينشأ عن إرادة العاقد. مثل خيار الشرط، فلا يثبت إلا باتفاق العاقدين وتراضيهما.

وعلى هذا فإن خيار العيب يعتبر حكمي المنشأ، أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه، دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه[(٣)].

❀ ❀ ❀

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

(٢) انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩)، منح الجليل (٥/ ١١٢).

(٣) انظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٤٤).



المبحث الخامس
خيار العيب لا يمنع وقوع الملك للمشتري

[م-٥٣٠] إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في الملك زمن الخيارين: خيار المجلس عند القائلين به، وخيار الشرط، فإنهم لم يختلفوا في ثبوت الملك للمشتري زمن خيار العيب.

يقول ابن عابدين: «خيار العيب يثبت بلا شرط، ولا يتوقت، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري. . .»[١].

وجاء في الموسوعة الكويتية: «إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالا، وملك الثمن ينتقل إلى البائع في الحال؛ لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب (كما في خيار الشرط) ولا شرط الحكم (كما في خيار الرؤية) وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد، ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد»[٢].



(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

(٢) الموسوعة الكويتية (٢٠/ ١٢٩).



المبحث السادس
خيار العيب يورث

[م-٥٣١] لم يختلف الفقهاء في خيار العيب بكونه يورث، قال النووي: «كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه»[١].

وإن اختلف الحنفية مع الجمهور في خيار الشرط هل يورث أو لا يورث؟

وسبب اختلافهم:

أن الحنفية يرون أن خيار الشرط: يخير العاقد بين الفسخ والإجازة، ولا يتصور ذلك منه بعد موته، فالخيار لا يخرج عن كونه مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله فلا يورث، بخلاف خيار العيب، فإنه حق يلحق العين المملوكة، وهي موروثة، فالعاقد: قد استحق أن يستلم المبيع سليمًا، فكذا الوارث[٢].

أما المالكية والشافعية فلم يفرقوا بين حق وحق، فذهبوا إلى أن الحقوق تورث كما يورث المال.

كما أن عموم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، وهذا الحق مما ترك، فوجب أن يكون للوارث.

ومن جهة القياس: أن خيار العيب ثبت لإصلاح المال، فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث[٣].

---

(١) المجموع (١١/ ٣٩٣).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٩).

(٣) انظر المنتقى للباجي (٥/ ٥٩).



المبحث السابع
خيار العيب على التراخي

[م-٥٣٢] إذا اطلع المشتري على عيب في السلعة، واختار رد السلعة فهل يلزمه أن يكون الرد على الفور بحيث لو تأخر رده للسلعة سقط حقه من الرد، أو يجوز أن يرد السلعة متى شاء؛ لأن تأخيره لا يسقط حقه؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

خيار الرد بالعيب على التراخي، وهو مذهب الحنفية(١)، والحنابلة(٢).

القول الثاني:

خيار الرد بالعيب على الفور، وهو مذهب الشافعية(٣).

---

(١) جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٣٤، ٣٣٥): «ليس لخيار العيب أجل معين فلذلك إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يقع منه ما يبطل خيار العيب أو يدل على الرضا بالمبيع دام له الخيار مدة حياته ولم يسقط لتعوده عن المخاصمة زمنا يمكنه فيه المخاصمة (انظر المادة ٦٧)...». وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٤٣): «وخيار العيب ثابت على التراخي ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا...». وانظر الإنصاف (٤/ ٤٢٦)،

(٣) المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ١٤٧، ١٤٨)، البيان للعمراني (٥/ ٢٨٦).

وقال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٨٤): «إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لم يخل: إما أن يكون المبيع باقيًا على جهته، أو زاد، أو نقص، فإن كان باقيًا على جهته، وأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار...».

وقال في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩١): «الخيار في هذه الفسوخ وغيرها على أربعة أقسام: =

القول الثالث:

توسط المالكية، فقالوا: السكوت عن الرد بعد الاطلاع على العيب أكثر من يومين يعتبر رضا إذا كان من غير عذر، فإن طلب الرد بعد اليومين فلا يجاب، ولو أقسم أنه لم يرض.

والسكوت يوما أو يومين إذا ادعى فيهما واجد العيب عدم الرضا صدق بيمينه، وفي أقل من يوم يصدق بلا يمين.

وإن كان سكوته لعذر، كغياب البائع خارج البلد فله الرد مطلقًا من غير يمين، ولو طال الزمن، ويستحب له أن يشهد أنه غير راض، وأن الذي منعه من رد المبيع هو غياب البائع، فإن كان للبائع وكيل فإن شاء رد المبيع على وكيله، وإن شاء انتظر حضور الأصيل، وإن لم يكن له وكيل، فهو بالخيار إن شاء انتظر حضوره، ورد عليه إذا حضر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي. هذا خلاصة مذهب المالكية[١].

= **أحدها**: ما هو على الفور بلا خلاف، كخيار العيب إلا في صورتين:

إحداهما: إذا استأجر أرضا لزراعة، فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعيب، قال الماوردي: على التراخي، وجزم به الرافعي.

والأخرى: كل مقبوض عما في الذمة من سلم، أو كتابة إذا وجده معيبًا فله الرد، وهو على التراخي إن قلنا يملكه بالرضا، وكذا إن قلنا بالقبض على الأوجه قاله الإمام...».

وانظر: نهاية المحتاج (٤/ ٧١).

(١) مذهب المالكية وسط بين مذهب الشافعية الذي يقول بأن خيار العيب على الفور، وبين مذهب الحنفية والحنابلة الذين يقولون بأن هذا الحق هو على التراخي، وإن كان مقتضى مذهب المالكية أنهم يرون أن الرد على الفور؛ لأن اليوم واليومين لا تعتبر في المذهب فاصلًا مؤثرًا، ولذلك أجازوا تأخير تسليم الثمن في عقد السلم اليوم واليومين، ومنعوا التأخير ثلاثة أيام، كما أجازوا في خيار الشرط أن يفسخ العقد بعد انتهاء مدة الخيار بيوم أو يومين، وليس له الفسخ بأكثر من هذا، فالقاعدة في المذهب أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، وقد فصلت أدلة المذهب على هذه القاعدة في خيار الشرط، فأغنى عن إعادته هنا. =

❑ دليل من قال: إنه على التراخي:

الدليل الأول:

أن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص.

الدليل الثاني:

وجود العيب في السلعة أثبت للمشتري حق الرد بالاتفاق، وما وجب له بالإجماع لا يسقطه إلا نص، أو إجماع متيقن، ولا سبيل إلى وجودهما هنا.

الدليل الثالث:

ولأنه قد يحتاج إلى التروي للنظر، هل من مصلحته قبول المبيع بعيبه، أو رده وأخذ الثمن، فلو طلب منه أن يرده فورًا وإلا لزمه المبيع لكان ذلك إضرارًا به.

الدليل الرابع:

أن الرسول ﷺ جعل الخيار ثلاثة أيام في بيع المصراة، ولو كان على الفور لم يجعل له الخيار تلك المدة.

فقد روى مسلم من طريق سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعًا من تمر**(١).

وقد يجاب:

بأن عيب المصراة لا يمكن كشفه بالحال، فجعل له هذا الأمد ليتحقق من

= انظر: الشرح الكبير (٣/ ١٢١)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢١، ١٢٢)، الخرشي (٥/ ١٤٢)، حاشية البناني وشرح الزرقاني (٥/ ١٣٨).

(١) صحيح مسلم (٢٨٠٣).

وجود هذا العيب، لأن تغير مقدار الحليب قد يكون بسبب آخر غير التصرية، فجعل له هذا الأمد.

□ وجه من قال: خيار الرد بالعيب على الفور:

يجب على المشتري الرد حال علمه بالعيب؛ لأن الأصل في البيع اللزوم، فإذا لم يقم المشتري بالرد فورًا بطل حقه بالرد، وبقي العقد على أصله، وهو اللزوم.

ولأن خيار العيب ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان فوريًا كالشفعة.

ويناقش:

القول بأن المشتري إذا لم يقم بالرد فورًا بطل حقه بالرد هذا الكلام دعوى في محل النزاع، يحتاج ثبوته إلى دليل شرعي.

والقياس على حق الشفعة قياس غير صحيح؛ لأن حق الشفعة مختلف فيه، فالمالكية لا يوجبون الفورية في حق الشفعة، وهو الصواب كما بينته والحمد لله في عقد الشفعة، وما اختلف فيه لا يجب الاحتجاج به على المخالف، والله أعلم.

□ دليل من قال: إن تأخر أكثر من يومين سقط حقه في الرد.

القاعدة في المذهب عند المالكية أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، وأن التأخير يومًا أو يومين لا يعتبر فاصلًا مؤثرًا، ولا يعتبر دليلًا على الرضا بالعيب وإن كان التأخير أكثر من يومين كان ذلك دليلًا على رضاه بالعيب.

وقد فصلت أدلة المذهب على هذه القاعدة في خيار الشرط، فأغنى عن إعادته هنا.

المبحث الثامن
الرد بالعيب يفسخ العقد من أصله أو من حينه

إذا استحق المشتري رد السلعة بسبب عيب، وطلب فسخ العقد، فهل يفسخ العقد من أصله، أو من حينه؟

في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن الرد بالعيب يفسخ العقد من حينه، لا من أصله.

وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، واختاره ابن وهب

---

(١) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٩١): «الفسخ يرفع العقد من حينه، لا من أصله على الصحيح».
وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٢٩٢): «الفسخ بخيار العيب والتصرية ونحوها: الأصح: أنه من حينه...».
وقال الزركشي في القواعد (٣/ ٤٩): «الفسخ بالعيب ونحوه، هل يرفع العقد من أصله، أو من حينه؟ خلاف، والأصح الثاني».

(٢) وجاء في الإنصاف (٤/ ٤٨١): «قال الشيخ تقي الدين ﷫: القياس أن الفسخ رفع العقد من حينه كالرد بالعيب».
ورجحه ابن قدامة في المغني (٤/ ١١٠)، فقال، «الفسخ رفع للعقد من حينه، لا من أصله، بدليل أنه لا يبطل الشفعة، ولا يوجب رد الكسب...».
وقال ابن رجب في القواعد (ص٤٦): «المعروف من المذهب.. فسخ العقد له من حينه، لا من أصله».
«وقال القاضي وابن عقيل في خلافيهما: الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله؛ لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية، ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وثمنه بخلاف العيب». نقلًا من قواعد ابن رجب (ص٤٦)، وانظر الإنصاف (٤/ ٤٨٢).

من المالكية[١].

واستدل صاحب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

الإجماع على أن المبيع إذا كان له غلة فإن المشتري لا يردها إذا رد المبيع.

قال ابن الجهم كما في إيضاح المسالك: «إذا آجر العبد بإجارة كثيرة، أو زوج الأمة بصداق كثير أو قليل، ثم رد بالعيب فإنه لا يرد ما أخذه من إجارة أو صداق، قال: ولا خلاف بين الناس في هذا، ولم يخالف ذلك إلا شريح وعبيد الله ابن الحسن العنبري في حكاية الجوزي، ونقل المازري»[٢].

الدليل الثاني:

أن المشتري لو تصرف بالمبيع قبل علمه بالعيب ببيع أو هبة، أو عتق ونحو ذلك، فإنه ينفذ، ويفوت الرد، ولو كان نقضًا للعقد من أصله بطل تصرفه، ولم يفت الرد.

جاء في المجموع: «المذهب الصحيح، وبه قال ابن سريج: أن الفسخ يرفع العقد من حينه، لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة، ولو انفسخ من الأصل لسقطت؛ ولأنه لو باع عبد الجارية، فأعتق الجارية، ثم رد العبد بالعيب، لم يبطل العتق به، ولو كان فسخًا من الأصل لبطل...»[٣].

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٧٥).

(٢) إيضاح المسالك (ص٣٥٢).

(٣) المجموع (١١/ ٤٠٤).

الدليل الثالث:

أن المشتري لو أراد الفسخ، ثم تلفت العين في يده قبل وصولها إلى البائع فات الرد، ولو كان فسخًا للعقد من أصله لكان له أن يرد مثلها أو يرد قيمتها؛ لأن وجوبها عليه من باب ضمان المتلف.

الدليل الرابع:

أن رفع العقد من أصله رفع للواقع في الزمن الماضي، وهو محال.

فإن قلت: المرتفع الأحكام المترتبة على لفظ العقد، لا على نفس العقد، قيل: الأحكام واقعة في الزمن الماضي، قبل الرد بالعيب، فإن كان رفع الواقع محالًا فرفعها محال أيضًا.

القول الثاني:

أن الرد بالعيب يفسخ العقد من أصله، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية[1].

وهذا القول ضعيف، ولذلك قال القرافي في الأمنية: «معنى قولنا في الرد بالعيب: أنه رفع للعقد من أصله، أي يقدر كالمعدوم وإن كان موجودًا، فيعطى حكم المعدوم، ومقتضى هذا أن ترد الغلات للبائع، ولا يبقى أثر من الآثار، لكن الأصحاب لم يقولوا بذلك، ولا إخاله قول أحد من العلماء، بل إنما قدره الأصحاب كالمعدوم من أصله في أمور خاصة، فقالوا: إذا صرح بالرد، فهلك المبيع قبل وصوله ليد البائع ففي ضمانه من البائع أو من المبتاع أقوال، ثالثها: من البائع إن حكم به حاكم، وإلا فمن المبتاع.

---

(١) انظر: المبسوط (١٣/ ٩٦)، الأمنية في إدراك النية (ص٥٨)، قواعد المقرئ، القاعدة: ٥٨٤، إيضاح المسالك (ص٣٤٨ - ٣٥٣)، جامع الأمهات (ص٣٣٧)، وانظر القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى للدكتور أحسن زقور (٢/ ٧٨٤)، القواعد والضوابط الفقهية القرافية (٢/ ٦٦٠).

قال الشيخ أبو الطاهر منشأ الخلاف: هل الرد نقض للعقد من أصله، فيكون الضمان من البائع كأنه لم يخرج عنه، أو من حينه فلا يتحقق النقض إلا بوصوله إليه، ونحو هذا»[١].

القول الثالث:

التفصيل: إن كان الفسخ قبل القبض رفع العقد من أصله، وإلا فمن حينه، وهذا قول في مذهب الشافعية[٢].

وعللوا ذلك: بأن العقد قبل القبض ضعيف.

وينبني على هذا الخلاف في هذه المسألة الاختلاف في مسائل كثيرة، منها:

لو اشترى المسلم عبدًا كافرًا من كافر، ثم أسلم العبد، واطلع المشتري على عيب فيه، هل يكون لمشتريه الرد على بائعه الكافر أم لا.

فعلى أن البيع رفع للعقد من أصله يجوز له رده بالعيب، وعلى أنه رفع له من حينه: لا يجوز له رده عليه بالعيب بعدما أسلم.

ومنها: مسألة من ابتاع أمة بعبد، فأعتق الأمة، ثم رد العبد عليه بعيب، فعلى أنه رفع له من حينه لا يكون للبائع رد العتق، وإنما له قيمة الأمة، وعلى القول بأنه فسخ للعقد من أصله يرد الأمة.

ومنها: إذا رد المبيع بالعيب، فهل له أن يسترد الجعل الذي أخذه السمسار؟

---

(١) إدراك النية (ص٥٨).

(٢) وعللوا ذلك بأن العقد قبل القبض ضعيف، انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٢)، الوسيط (٣/ ١٣٨).

المبحث التاسع
شروط الرد بالعيب

الشرط الأول: الجهل بالعيب

[م-٥٣٣] يشترط في ثبوت خيار العيب للمشتري أن يكون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد، فإن كان عالمًا به فلا خيار له؛ لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب دليل على الرضا به معيبًا[١].

ولأنه لو لم يعلم بالعيب، ثم علم به، ورضي المبيع على حاله سقط حقه في الرد، فكذلك من باب أولى أن يسقط حقه إذا دخل في ابتداء العقد على بينة، وهو يعلم بالعيب.

قال النووي: «إن كان عالمًا - يعني بالعيب - فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار؛ لرضاه بالعيب»[٢].

[م-٥٣٤] وهل يشترط حتى يكون له حق الرد أن يكون قد باعه بثمن هو قيمته سليمًا، بحيث لو باعه بثمن هو قيمته معيبًا فلا رد له؟

قال ابن حزم: «إن كان اشترى الشيء بثمن هو قيمته معيبًا، أو باعه بثمن هو قيمته معيبا - وهو لا يدري العيب - ثم وجد العيب فلا رد له؛ لأنه لم يجد عيبًا. وقد قال قوم: له الرد - وهذا خطأ فاحش؛ لأنه ظلم للبائع، وعناية ومحاباة للمشتري بلا برهان، لا من قرآن، ولا سنة»[٣].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٦).

(٢) المجموع (١١/ ٣١١).

(٣) المحلى (مسألة: ١٥٧٧).

والقول بأن له الرد أقوى؛ لأن الثمن والقيمة لا يشترط في البيع تطابقها، ولأن الأصل سلامة العين من العيب، ونقص الثمن عن القيمة المعتادة لا يعني بكل حال الرضا بعيب غير معين في السلعة؛ لأن العيب نقص في العين أو في الصفة، ولابد من وجود الرضا الصريح من المشتري بهذا النقص، فربما لو علم المشتري بالعيب قبل العقد لم يوافق على الشراء، وقد كان للبائع أن يطلع المشتري على العيب ليخرج من العهدة، فلما كتم العيب استحق المشتري الرد.

❑ فرع:

[م-٥٣٥] لو علم بالعيب، ولكنه لم يعلم أنه ينقص الثمن، ويوجب الرد، فهل له الرد.

قال النووي: «لو كان المشتري قد علم به - يعني العيب- ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن، ويوجب الفسخ، قال الماوردي: لا رد له؛ لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه؛ ولأن استحقاق الرد حكم، والجهل بالأحكام لا يسقطها»(١).



(١) المجموع (١١/ ٣١١).

الشرط الثاني
كون العيب مؤثرًا

[م-٥٣٦] لا بد أن يكون العيب مؤثرًا، وهذا شرط لا بد منه، ولا يختلف الفقهاء في النقص إذا كان كثيرًا، سواء كان ينقص العين، أو ينقص القيمة.

واختلفوا في النقص اليسير على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن كان العيب ينقص القيمة أَثَّر ذلك مطلقًا، يسيرًا كان، أو كثيرًا.

وهذا مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، وأحد القولين في مذهب

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤)، فتح القدير (٦/ ٣٥٧)، وقول الحنفية بأن ما ينقص القيمة يؤثر مطلقًا يقصدون به ما كان بدل مال، يبين ذلك ما ورد في الفتاوى الهندية (٣/ ٧٥): «كل عقد ينفسخ بالرد، ويكون مضمونًا بما يقابله يرد بالعيب اليسير والفاحش، وأما في كل عقد لا ينفسخ بالرد، ويكون مضمونًا بنفسه لا بما يقابله، كالمهر، وبدل الخلع، والقصاص، فإنه لا يرد بالعيب اليسير، وإنما يرد بالعيب الفاحش. هكذا في شرح الطحاوي».

(٢) قسم المالكية العيوب ثلاثة أقسام:
قسم: لا يحط من الثمن شيئًا ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه.
والثاني: ما يحط من الثمن يسيرًا.
والثالث: ما يحط من الثمن كثيرًا.
قال ابن رشد في المقدمات (٢/ ١٠١): «فأما ما لا يحط من الثمن شيئًا ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه، فإنه لا حكم له».
وانظر مواهب الجليل (٤٣٤، ٤٣٥)، المنتقى للباجي (٤/ ١٨٨)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٢)، التاج والإكليل (٤/ ٤٥٥)، شرح ميارة (٢/ ٣٣). الخرشي (٥/ ١٣٢) وذكر صاحب الشرح الكبير (٣/ ١١٤) الرد بالعيب لا فرق بين القليل والكثير، واختلاف حكم اليسير عند المالكية بين العروض وبين الأصول (كالعقار) ليس راجعًا إلى عدم اعتبار اليسير، وإنما هو راجع إلى اختلاف الأثر المترتب على العيب بعد اعتبار أن العيب اليسير مؤثر مطلقًا، لكن يختلف أثره من الرجوع في قيمة النقص، أو رد العين المعيبة، ليس إلا.

الشافعية[١]، ومذهب الحنابلة[٢].

قال في بدائع الصنائع: «فكل ما يوجب نقصان الثمن[٣]، في عادة التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا، فهو عيب يوجب الخيار»[٤].

أضاف ابن الهمام: «وسواء كان ينقص العين، أو لا ينقصها ولا ينقص

---

(١) الضابط عند الشافعية في العيب المؤثر، ما ذكروه من قولهم: «ما نقص القيمة، أو العين نقصًا يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه».
انظر المجموع (١١/ ٥٤٨) فرأى بعض الشافعية: أن قولهم نقصًا يفوت به غرض صحيح راجع إلى العين خاصة، وبالتالي ما نقص من القيمة مؤثر مطلقًا، يسيرًا كان أو كثيرًا، وما نقص من العين، فإنه لا يؤثر إلا إذا كان نقصًا يفوت به غرض صحيح.
قال في المجموع (١١/ ٥٤٨): «وإن لم يكتف بنقص العين، واشترط فوات غرض صحيح؛ لأنه لو قطع من فخذه، أو ساقه قطعة يسيرة، لا تورث شيئًا، ولا يفوت غرض، لا يثبت الرد، ولهذا قال صاحب التقريب: إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد، وإلا فلا».
وانظر السراج الوهاج (ص١٨٦).
وهناك قول آخر في مذهب الشافعية: أن قوله: يفوت به غرض صحيح راجع إلى القيمة والعين معًا، وبالتالي فالنقص اليسير الذي لا يفوت به غرض صحيح مما يتغابن الناس في مثله لا يؤثر، ولا يوجب الرد.

(٢) قال في الفروع (٤/ ١٠٤): «ويسير عيب مبيع كالكثير، وهو نسبة قدر النقص إلى قيمته صحيحًا...». فقوله: «وهو نسبة قدر النقص» تبين أن المراد باليسير هنا ما ينقص القيمة، وإن قل، وليس مطلق العيب.
وقال في المغني (٤/ ١١٣): «فصل في معرفة العيوب: وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصًا فيها يكون عيبًا». وقد أطلق النقص في المالية ليشمل الكثير واليسير، وفهم منه أن ما لا يوجب نقصًا في المالية فليس بعيب. اهـ

(٣) يقصدون بنقصان الثمن نقصان القيمة، قال ابن عابدين في حاشيته (٥/ ٤): «المراد بالثمن: القيمة».

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

منافعها، بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل. . . »[١].

القول الثاني:

ما ينقص من القيمة إن كان يسيرًا مما يتغابن الناس في مثله، فلا يؤثر، وهو قول في مذهب الشافعية[٢]، وقول في مذهب الحنابلة[٣]، واختاره ابن حزم.

القول الثالث:

النقص اليسير مؤثر مطلقًا، سواء نقص من القيمة، أم لا، اختاره بعض المالكية[٤].

□ تعليل من قال: العيب المؤثر ما أنقص القيمة، ولو يسيرًا وإلا فلا.

التعليل الأول:

كل ما نقص من قيمة المبيع فقد انتقص من ماليته، فالمبيع إنما صار محلًا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصًا فيها يكون عيبًا، ولو كان يسيرًا، بخلاف العيب الذي لا ينقص من قيمته، فلا ينقص من ماليته، فلا يكون عيبًا مؤثرًا.

التعليل الثاني:

العقد المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب، فكان وصف السلامة

---

(١) فتح القدير (٦/ ٣٥٧)

(٢) حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٨)، مغني المحتاج (٢/ ٥١)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٣)، وقد أشرنا إلى هذا القول عند الكلام على القول الأول في مذهب الشافعية، وبينا مخرج القولين.

(٣) الإنصاف (٤/ ٤٠٩).

(٤) مواهب الجليل (٤/ ٤٥٥، ٤٥٦).

كالمشروط، فالإخلال به يوجب تخيير المتضرر، وإلزام المشتري بما ليس سالمًا إلزام له بما لم يرض به، وهذا لا يجوز.

التعليل الثالث:

سلامة المبيع لها ما يقابلها من الثمن، فإذا دخل المبيع نقص في قيمته يكون البائع قد فوت على المشتري جزءًا من المبيع مع أنه قد أخذ ما يقابله باعتبار أنه قد دفعت له قيمة المبيع سليمًا، وهذا لا يجوز.

❑ دليل من قال: إذا كان النقص يسيرًا فلا يؤثر.

أن النقص اليسير لا ينفك عنه المبيع، ولذلك تجد المقدار اليسير يتغابن الناس فيه عادة، ولا يؤثر مثل ذلك في لزوم العقود وصحتها.

❑ دليل من قال: العيب مؤثر مطلقًا، ولو لم ينقص من القيمة.

يمكن أن يستدل بأن العقد المطلق يقتضي سلامة المبيع من كل العيوب، فكان وصف السلامة كالمشروط، وبعض العيوب وإن كان ليس له تأثير في الثمن إلا أنه لا يستوي عند الناس عين سالمة من العيوب مطلقًا، وعين أخرى فيها عيب لا يؤثر على ثمنها، فنفاق الأولى أسرع، وتطلع الناس لها أكمل.

❑ الراجح:

أميل إلى الأخذ بضابط الشافعية أن العيب المؤثر ما فوت غرضًا صحيحًا لأحد العاقدين مع اعتبار نقص القيمة كأحد العيوب المؤثرة، وليس حصر ذلك فيه.

يبين ذلك أن الرجل لو اشترى بقرة، فوجدها لا تحلب، فإن كان اشتراها للحليب كان له الرد، وإن اشتراها للحم فلا يرد، وفي الحالين قد تكون القيمة سليمة من النقص.

وقد رأى بعض الفقهاء أن جار السوء عيب، وهذا لا دخل له في العين أصلًا[١].

وذكر بعض الفقهاء بأن الشاة مقطوعة الأذن إن اشتراها للأضحية فله الرد، وإن اشتراها لغير الأضحية فلا، ما لم يعده الناس عيبًا.

كما ذكر بعض الفقهاء بأنه لو اشترى ثوبًا أو خفًا فوجده صغيرًا، فإن له الرد، وإن لم يكن ذلك عيبًا في عين المبيع، وإنما اعتبر فوات غرض المشتري عيبًا موجبا للرد، وإن كان لا تأثير له في الثمن.

كما أن هناك ما لا يعد عيبًا، وإن كان له تأثير في الثمن، كما في الأمة يشتريها، فيجدها ثيبًا، فليس له الرد إلا أن يشترط أن تكون بكرًا، مع أن كونها ثيبًا ينقص من قيمتها، ومع ذلك لم يعتبر عيبًا.

ومثله لو اشترى دابة، فوجدها كبيرة السن، فليس له الرد إلا أن يشترط صغرها، مع أن كبر سنها ينقص من قيمتها.

قال ابن عابدين تعليقًا على الأمثلة السابقة: «يظهر أن قولهم في ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار مبني على الغالب، وإلا فهو غير جامع وغير مانع.

أما الأول: فلأنه لا يشمل مسألة... الثوب والخف والقلنسوة وشاة الأضحية؛ لأن ذلك وإن لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره، فلا ينقص الثمن مطلقًا.

---

(١) نقل في مواهب الجليل (٤/ ٤٣٧)عن مالك أن الدار ترد من سوء الجار، وقال ابن رشد: المحنة بالجار السوء عظيمة.
وانظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٣٩١)، الفروع (٤/ ١٠٢).
وقال في منح الجليل (٥/ ١٥٨): «وفي سوء الجار خلاف، والصواب: أنه ليس بعيب؛ لأنه ليس براجع إلى أحوالها».

وأما الثاني؛ فلأنه يدخل فيه مسألة الدابة، والأمة الثيب، فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير عيب، فعلم أنه لا بد من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية.

والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر؛ لأن عبارة الهداية والكنز، وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب، فإن هذه العبارة لا تدل على أن غير ذلك لا يسمى عيبًا، فاغتنم هذا التحرير»[1].



(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤).

الشرط الثالث
أن يكون حدوث العيب
في وقت ضمان البائع للمبيع

[م-٥٣٧] يعبر بعض الفقهاء عن هذا الشرط بأن يكون العيب قديمًا، أي ليس حادثًا عند المشتري، فإن قلت: هل يمكن لنا أن نأخذ من كلام الفقهاء ضابطًا نعرف من خلاله قدم العيب من حدوثه؟

فالجواب:

قالوا في ضابط ذلك: أن يحدث العيب مقارنًا للعقد، أو بعده وقبل القبض[(١)].

قال النووي: العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد[(٢)].

وقيل الضابط: ثبوت العيب في زمن ضمان البائع[(٣)].

وهذا الضابط أجود وأدق؛ لأن الضمان قد يكون على المشتري، ولو لم يحصل القبض. وقد يكون على البائع، ولو بعد القبض، فالأول: مثل المبيع إذا لم يكن بحاجة إلى استيفاء، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه فضمانه على الصحيح على المشتري ولو لم يقبضه.

وأما الثاني فمثل الإجارة، والجائحة، فضمانهما على المؤجر والبائع، ولو كان ذلك بعد القبض على الصحيح.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٥٠).

(٢) المجموع شرح المهذب (١١/ ٣١٤).

(٣) انظر حاشية الدسوقي (٣/ ١١٥)، شرح الخرشي (٥/ ١٣٢).

إذا تبين هذا فإن معرفة قدم العيب من حدوثه مبني على معرفة مسألة أخرى: متى يكون المبيع من ضمان البائع، ومتى يكون من ضمان المشتري، فإذا عرفنا وقت ضمان المبيع نكون بذلك نعرف قدم العيب من حدوثه.

يقول الشيرازي رحمه الله: «إن ابتاع شيئًا، ولا عيب فيه، ثم حدث به عيب في ملكه، نظرت، فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد؛ لأن المبيع مضمون على البائع...»[(١)].

فهو يربط ما بين حق الرد، وما بين ضمان المبيع.

وجاء في المجموع: «المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته، فكذا أجزاؤه، وضمان الجزء (يعني المعيب) الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضي الفسخ، فأثبت الخيار»[(٢)]. فربط بين خيار العيب، وبين وجوب الضمان على البائع.

وقد تعرضنا فيما سبق لبعض المباحث التي لها علاقة في مسألة ضمان المبيع، منها مسألة: التصرف في المبيع قبل قبضه، ومنها مسألة التلف في زمن الخيار، متى يكون من ضمان البائع، ومتى يكون من ضمان المشتري، وتعرضنا للبحث أيضًا لمسائل تلف المبيع وضمانه قبل قبض المبيع وبعد قبض المبيع، وسواء كان التلف بآفة سماوية، أو بفعل فاعل في مباحث مستقلة كشفت لنا حكم هذه المسائل لدى الفقهاء، فأغنى والله الحمد عن إعادتها هنا.

وخلاصة هذه المباحث:

أن العيب الذي ثبت مقارنًا للعقد من ضمان البائع، ومن باب أولى ما كان قبل العقد.

---

(١) المهذب (١/ ٢٨٤).

(٢) المجموع (١١/ ٣١٤).

وأن العيب الطارئ بعد قبض المشتري للمبيع يعتبر من ضمان المشتري، ويستثنى على قول بعض الفقهاء: العهدة، ووضع الجائحة، وعقد الإجارة.

[م-٥٣٨] وأما العيب الحادث بعد العقد، وقبل القبض.

فقيل: يعتبر من ضمان البائع مطلقًا حتى يقبض، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، واستثنى الحنفية العقار.

وقيل: يعتبر من ضمان المشتري إلا إذا كان العيب في مبيع لا ينتقل ضمانه من البائع إلى المشتري إلا بالقبض كما في المبيع إذا كان فيه حق توفية.

وهذا مذهب المالكية والحنابلة في الجملة.

هذا باختصار ما يتعلق بالضمان، وقد بسطت هذه المباحث، ولله الحمد مع ذكر أدلتها التفصيلية، وبيان الراجح، فارجع إليها إن شئت.





الشرط الرابع
عدم اشتراط البراءة من العيب

«معنى البراءة: التزام المشتري للبائع في عقد البيع ألا يطالبه بشيء من سبب عيوب المبيع التي لم يعلم بها، كانت قديمة، أو مشكوكًا فيها»(١).

قال ابن عابدين: «ومنه ما تعورف في زماننا فيما إذا باع دارًا مثلًا، فيقول: بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب، وفي بيع الدابة يقول: مكسرة محطمة، وفي نحو الثوب يقول: حراق على الزناد، ويريدون بذلك أنه مشتمل على جميع العيوب»(٢).

ويقال مثله في عصرنا: أبيعك السيارة على أنها كومة حديد.

الغرض من هذا الشرط:

غرض البائع من ذلك أن يجعل العقد لازمًا، بحيث لا يحق للمشتري الخيار في رد السلعة إذا ثبت فيها عيب.

فإذا عرفنا ذلك، فهل يشترط لثبوت خيار الرد في العيب أن يكون العقد غير مقترن بشرط البراءة منه؟

وللجواب على ذلك نقول: تارة يكون العيب معلومًا للبائع، وتارة يكون العيب غير معلوم للبائع، وفي كل قد اختلف الفقهاء.

[م-٥٣٩] فإن كان العيب معلومًا للبائع، فهل له أن يشترط البراءة منه وإن لم يخبر المشتري؟

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٣٩)، منح الجليل (٥/ ١٦٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٢).

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يبرأ البائع مطلقًا إذا باعه بشرط البراءة، سواء كان البائع عالمًا به، أم غير عالم، وهذا مذهب الحنفية[١]، وأحد قولي الشافعي[٢].

القول الثاني:

لا يبرأ البائع إذا كان عالمًا بالعيب، وهذا مذهب المالكية[٣]، وأحد قولي الشافعي[٤]، وقول في مذهب الحنابلة اختاره ابن تيمية[٥].

القول الثالث:

لا يبرأ مطلقًا، سواء كان عالمًا أو غير عالم، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة[٦].

---

(١) الجوهرة النيرة (١/ ٢٠٠).

(٢) المهذب (١/ ٢٨٨).

(٣) قال مالك في المدونة (٤/ ٣٤٩): «فإن علم عيبًا، ولم يسمه بعينه، وقد باع بالبراءة لم تنفعه البراءة في ذلك العيب».
وانظر المنتقى شرح الموطأ للباجي (٤/ ١٨٠)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٩)، القوانين الفقهية (ص١٧٥).

(٤) الأم (٦/ ١٩٤).

(٥) قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (ص٣٨٩): «والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب، والذي قضى به الصحابة، وعليه أكثر أهل العلم، أن البائع إذا لم يكن علم بذلك العيب، فلا رد للمشتري، ولكن إذا ادعى أن البائع علم بذلك، فأنكر البائع، حلف أنه لم يعلم، فإن نكل قضي عليه».
وانظر الكافي في فقه أحمد (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦١).

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦١)، المغني (٤/ ١٢٩)، كشاف القناع (٣/ ١٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٠)، كشف المخدرات (١/ ٣٧٨).

وقد ذكرنا أدلة كل قول في باب الشروط في البيع، فأغنى عن إعادتها هنا، ولله الحمد.

[م-٥٤٠] وأما إن كان العيب أو العيوب مجهولة للبائع، وطلب البراءة من العيوب، فقد اختلف العلماء أيضًا، هل يبرأ البائع أم لا؟

على أربعة أقوال:

القول الأول:

يبرأ من جميع العيوب، في كل السلع، لا فرق في ذلك بين الحيوان وبين غيره، ولا فرق بين بيع الحاكم، والوارث وبين بيع غيره، وهذا مذهب الحنفية[١]، وهو أحد الأقوال عن مالك[٢]، وقول في مذهب الشافعية[٣]، ورواية عن أحمد اختارها ابن تيمية، وابن القيم[٤].

القول الثاني:

لا يبرأ إلا في الرقيق خاصة، بشرط أن تطول إقامة الرقيق عنده بحيث يطمئن فيه لسلامته من العيوب التي تؤثر في رغبة الناس في المبيع، ويستثنى من ذلك

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٧٢)، المبسوط للشيباني (٥/ ١٧٧)، المبسوط للسرخسي (١٣/ ٩١)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة: ٣٤٢): «إذا باع مالًا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه، فلا يبقى للمشتري خيار عيب».

(٢) جاء في شرح ميارة (١/ ٣٠٩): «وفيها أقوال - يعني بيع البراءة - أحدها: أن البراءة جائزة في كل شيء، وهو قول ابن وهب، ورواية ابن حبيب عن مالك».
وانظر المعونة (٢/ ١٠٦٦).

(٣) المهذب (١/ ٢٨٨)، السراج الوهاج (ص١٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ٥٣).

(٤) الكافي في فقه ابن حنبل (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦٠)، المحرر في الفقه (١/ ٣٢٦)، المغني (٤/ ١٢٩)، الاختيارات (ص١٢٤)، إعلام الموقعين (٣/ ٣٩٣، ٣٩٤).

بيع الحاكم (القاضي) لخلاص الديون، أو على المفلس لقضائها، وكذلك بيع الوارث لخلاص الديون، وأما البيع من أجل الاقتسام فقولان، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية[١].

القول الثالث:

يبرأ في عيب باطن في الحيوان، عاقلًا كان أو غير عاقل، وهذا أظهر الأقوال عن الشافعي[٢]، وهو قول مالك في الموطأ[٣].

القول الرابع:

لا يبرأ مطلقًا إلا أن يطلع عليه المشتري، ويسميه له، ويوقفه عليه، وهو قول لمالك[٤]، وقول للشافعي[٥]، . . . .

---

(١) قال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٤٩): «لا يجوز بيع البراءة في شيء من السلع المأكولة والمشروبة، ولا غيرها من العروض كلها إلا الرقيق خاصة. . .».
وانظر المدونة (٤/ ٣٤٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ١١٩)، مواهب الجليل (٤/ ٤٣٩، ٤٤٠)، القوانين الفقهية (ص١٧٥)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٩)، فتح العلي المالك (١/ ٣٦٠، ٣٦١)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٦).
وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة (٢/ ١٠٦٦)عن هذه الرواية: «وهذه هي الرواية المعتبرة، وعليها النظر».

(٢) الأم (٦/ ١٩٤)، المهذب (١/ ٢٨٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٤٨)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٨٧)، السراج الوهاج (ص١٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ٥٣)، دقائق المنهاج (ص٦٠).

(٣) جاء في الموطأ (٢/ ٦١٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٩).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٣٩)، وقال في شرح ميارة (١/ ٣٠٩): «الثاني - يعني من الأقوال في بيع البراءة - أنها لا تجوز في شيء من الأشياء، ذكره القاضي عبد الوهاب».
وانظر المعونة (٢/ ١٠٦٦).

(٥) المهذب (١/ ٢٨٨)، السراج الوهاج (ص١٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ٥٣).

وهو المشهور من مذهب الحنابلة[١]، وبه قال ابن حزم[٢]، وجماعة[٣].

فإذًا الأقوال في المسألة أربعة:

يبرأ مطلقًا، وهو مذهب الحنفية.

لا يبرأ مطلقًا، وهو المشهور من مذهب الحنابلة.

يبرأ في الحيوان والرقيق، وهو المشهور عند الشافعية.

يبرأ في الرقيق خاصة، وهو المشهور من مذهب المالكية.

وقد ذكرنا أدلة كل قول في بحث سابق في باب الشروط في البيع، فأغنى عن إعادته هنا.

وقد رجحت في هذه المسألة وبينت أن أضعف الأقوال: القول بأن البائع ينفعه شرط البراءة إذا كان المبيع حيوانًا، سواء خص ذلك بالرقيق كما هو المشهور من مذهب المالكية، أو خص ذلك بالحيوان مطلقًا، عاقلًا كان أو غير عاقل كما هو المنصوص عن الشافعي في الأم، لأن شرط البراءة إذا نفع البائع في الحيوان، فغير الحيوان مقيس عليه.

ويبقى النظر في القولين المتقابلين: القول بأنه يبرأ مطلقًا كما هو مذهب الحنفية، أو القول بأنه لا يبرأ مطلقًا كما هو المشهور من مذهب الحنابلة، وفي كلا القولين قوة، فالحنفية يرون أنه من باب الإسقاط، فالمشتري يملك حق خيار الرد بالعيب، فإذا أسقط حقه سقط، والإبراء من الحق المجهول جائز،

(١) الكافي في فقه ابن حنبل (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦٠)، المحرر في الفقه (١/ ٣٢٦)، المغني (٤/ ١٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤)، كشاف القناع (٣/ ١٩٦).

(٢) المحلى، مسألة: (١٥٥٧).

(٣) انظر الاستذكار لابن عبد البر (١٩/ ٤٦، ٤٧).

والحنابلة يرون أن بعض العيوب قد تلحق ضررًا كبيرًا في المشتري، فلو دار في خلده أن يكون به مثل هذا الجنس من العيوب، أو مثل هذا القدر ما قبل البيع، واكتشاف هذا العيب بهذا الحجم يدل على أن العلم بالمبيع لم يكن متحققًا، وهو شرط في صحة البيع، فإذا لزمته الصفقة مع قيام هذا العيب المؤثر في ثمن السلعة والذي لم يعلم به العاقدان يعرض المشتري للغبن الفاحش، والغرر الكثير، ومثل هذا يؤثر في البيع.

هذان التعليلان متقابلان، وأرى أن كلًا من التعليلين له وجه، وإن كنت أميل إلى اعتبار قول الحنابلة لأن القول بعدم لزوم البيع لن يدخل البائع في غبن؛ لأن حقه في المبيع سيعود إليه غير منقوص في الوقت الذي نكون قد جنبنا المشتري من الوقوع في الغبن والضرر، والله أعلم.

المبحث العاشر
في ثبوت خيار الرد بالعيب

من اشترى سلعة معيبة لم يعلم عيبها إلى وقت القبض، ثم وقف على العيب فيها، فإما أن تكون السلعة بحالها لم يطرأ عليها زيادة ولا نقص، أو يتعذر رد السلعة على البائع لكون المشتري قد تصرف فيها.

وهل للمشتري أن يطالب بالأرش مطلقًا، سواء تعذر رد السلعة المعيبة، أو لم يتعذر، وسواء كان ذلك برضا البائع، أو لم يرض.

أو ليس له الأرش إلا برضا البائع، أو عند تعذر رد السلعة.

كل هذه المسائل منها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف بينهم، وسوف نعرض لهذه المسائل مسألة مسألة، ونبين الراجح منها إن شاء الله تعالى، نسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

❁ ❁ ❁



الفرع الأول
أن يتعذر رد السلعة المعيبة

[م-٥٤١] إن كان المشتري قد تصرف في السلعة، أو طرأ عليها زيادة، أو نقصان، فليس للمشتري أن يرد السلعة وقد تغيرت، وله أن يطالب بأرش العيب، باتفاق الأئمة الأربعة في الجملة، وسوف يأتي بحث هذه المسألة إن شاء الله تعالى ضمن المسائل التي تمنع من رد السلعة المعيبة في مسائل مستقلة، ضمن هذا الباب.

والأرش في اللغة: الفساد، ثم استعمل في نقص الأعيان؛ لأنه فساد فيها، والجمع: أروش، مثل: فَلْس، وفُلُوس، وعرش وعروش.

واصطلاحًا: هو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس، وهو الدية.

ثم توسع الفقهاء في إطلاق هذا المصطلح فأرادوا به: الفرق بين قيمة المبيع معيبًا، وبين قيمته سليمًا من الثمن.

يقول الشيرازي: «إذا أراد الرجوع بالأرش: قوم المبيع بلا عيب، فيقال: قيمته مائة، ثم يقوم مع العيب، فيقال: قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله، فيرجع على البائع بعشر الثمن»[(١)].

وقال المرداوي في تعريفه: «هو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن»[(٢)].

---

(١) المهذب (١/ ٢٨٥)، وانظر الخرشي (٥/ ١٣٩)، شرح ميارة (٢/ ٢٦٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ١١٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦).

(٢) الإنصاف (٤/ ٤١٢)، وانظر كشاف القناع (٣/ ٣٩٥).

فلو قوم المبيع صحيحًا بعشرة دراهم، ومعيبًا بثمانية دراهم، وكان الثمن الذي جرى عليه العقد خمسة عشر، فالنقص خمس الثمن[١].



(١) انظر مطالب أولي النهى (٣/ ١١٣).

الفرع الثاني
أن تكون السلعة المعيبة قائمة بحالها لم تتغير

[م-٥٤٢] إن كان المشتري لم يتصرف في السلعة المعيبة، ولم يطرأ عليها زيادة، ولا نقصان، فإن له أن يرد السلعة، ويأخذ الثمن، وله أن يمسكها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

قال ابن قدامة: «متى علم - يعني المشتري - بالمبيع عيبًا، لم يكن عالمًا به، فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافًا»(١).

وقال ابن حزم: «واتفقوا على أن من اشترى شيئًا، ولم يبين له البائع بعيب فيه، ولا اشترط المشتري سلامته، ولا اشترط ألا خلابة، ولا بيع منه ببراءة، فوجد فيه عيبًا كان عند البائع، وكان ذلك العيب يمكن للبائع علمه، وكان يحط من الثمن حطًا لا يتغابن الناس بمثله في ذلك المبيع في مثل ذلك الوقت، نعني وقت عقد البيع، ولم تتلف عين المبيع ولا بعضها، ولا تغير اسمه، ولا تغير سوقه، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه، ولا أحدث المشتري فيه شيئًا، ولا وطئًا، ولا غيره، ولا ارتفع ذلك العيب، وكان المشتري قد نقد فيه جميع الثمن، فإن للمشتري أن يرده، ويأخذ ما أعطى من الثمن، وله أن يمسكه إن أحب، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرنا بما لا سبيل إلى ضم إجماع جائز فيه»(٢).

❊ ❊ ❊

(١) المغني (٤/ ١٠٨).

(٢) مراتب الإجماع (ص٨٧، ٨٨).



الفرع الثالث
إذا وافق البائع على الأرش
مقابل قبول المشتري للسلعة

علمنا من الفصل السابق أن المشتري له أن يرد السلعة المعيبة إذا كانت قائمة بحالها لم تتغير، ولم يتصرف فيها، وله أن يمسكها.

فإن أحب المشتري أن يمسك السلعة المعيبة، ويطالب المشتري البائع بأرش العيب، فإما أن يكون ذلك برضا البائع، أو يكون ذلك بدون رضاه.

[م-٥٤٣] فإن كان ذلك برضاه، فقد ذهب عامة الفقهاء إلى جوازه، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية(١)، ورجحه ابن تيمية(٢).

قال ابن رشد:

«فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته، ويعطيه البائع قيمة العيب، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك»(٣).

وقيل: لا يصح، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، وهو المذهب عندهم(٤).

---

(١) فتح القدير (٦/ ٣٥٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٨)، المعونة (٢/ ١٠٥٢)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٤)، المهذب (١/ ٢٨٤)، الحاوي (٥/ ٢٤٨)، البيان للعمراني (٥/ ٢٨٨)، الإنصاف (٤/ ٤١٢).

(٢) المجموع (٢٩/ ٣٤٠، ٣٤١).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٣٤).

(٤) المجموع (١١/ ٣٦٢)، الحاوي الكبير (٥/ ٢٤٨)، البيان للعمراني (٥/ ٢٨٨)، المهذب للشيرازي (١/ ٢٨٤)، مغني المحتاج (٢/ ٥٥، ٥٦).

❑ دليل من قال: بالجواز:

الدليل الأول:

قالوا القياس على جواز أخذ الأرش إذا فاتت السلعة المعيبة، كما لو تصرف المشتري بالسلعة ببيع ونحوه وتعذر الرد، أو طرأ على السلعة المعيبة زيادة أو نقصان، فإذا جاز أخذ الأرش في مثل هذه، جاز أخذ الأرش هنا ما دام ذلك بالتراضي بين العاقدين.

الدليل الثاني:

خيار العيب حق للمشتري، وهذا الحق له أن يستوفيه برد السلعة، وله أن يأخذ العوض على هذا المال بشرط أن يكون ذلك بالتراضي بين العاقدين، فإذا تراضيا على دفع عوض مقابل إسقاط هذا الحق جاز.

الدليل الثالث:

يمكن أن يعتبر أخذ العوض على ما فات من عين السلعة أو صفتها بمثابة عقد جديد بناء على فسخ العقد الأول، وإنشاء عقد آخر بثمن جديد اتفقا عليه، بدليل أننا نشترط أن يكون ذلك بالتراضي بين العاقدين وهذا لا يمكن أن يمنع منه أحد.

❑ دليل من قال: لا يجوز:

ثبوت الخيار للمشتري في رد السلعة المعيبة لا يعطيه الحق بالمعاوضة على هذا الحق، فالخيار في العيب حق يمكن صاحبه من فسخ العقد، فهو خيار فسخ فقط، ولا يعتبر من الحقوق المالية التي يجوز بيعها وشراؤها، كالشأن في خيار المجلس وخيار الشرط بجامع أن كلًا منها غير متقوم.

وأجيب:

بأن قياس خيار العيب على خيار المجلس أو الشرط خيار مع الفارق؛ وذلك لأن خيار الشرط وخيار المجلس لا يوجد لهما بدل، بخلاف خيار العيب فإن المشتري قد يرجع إلى الأرش إذا تعذر رد المبيع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن خيار العيب يأخذ العوض في مقابل ما فات من السلعة، ويسقط إلى مال، وهذان معنيان ليسا في خيار المجلس أو الشرط.

قلت: وعلى فرض أن يكون خيار الفسخ ليس حقًا ماليًا فهذا لا يعني تحريم المعاوضة عليه، كالخلع، فإن المرأة تفتدي نفسها بعوض، وإن لم يكن في مقابلة مال، ومثله أيضًا حق النزول عن الوظيفة بمال، فهو جائز، وإن لم يكن في مقابلة مال، والصلح عن دم العمد وغيرها كثير.

فالراجح: أن دفع الأرش يجوز إذا كان ذلك برضا المتعاقدين، وهو بمثابة إنشاء عقد جديد، أو بمنزلة الصلح بمعنى البيع.



الفرع الرابع
في إلزام البائع بالأرش ونحوه

[م-٥٤٤] إن أحب المشتري أن يمسك السلعة المعيبة، والتي لم يطرأ عليها زيادة، ولا نقصان، ولم يتصرف في السلعة تصرفًا يمنع من ردها، فهل له أن يلزم البائع بدفع الأرش دون رضاه؟

هذه المسألة قد اختلف فيها العلماء على أربعة أقوال:

القول الأول:

ليس للمشتري أن يطالب البائع بأرش العيب بدون رضاه، فإن شاء رد السلعة، وإن شاء أمسكها بلا أرش، وهذا قول الحنفية[١]، الشافعية[٢]، واختاره بعض المالكية[٣] ورواية عن أحمد، رجحها ابن تيمية[٤].

القول الثاني:

إن كان المبيع المعيب حيوانًا فليس له أخذ الأرش، وله رده أو إمساكه.

وإن كان عقارًا، وكان العيب يسيرًا ذا قيمة[٥]، فليس له رده، وله أخذ الأرش.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٤)، فتح القدير (٦/ ٣٥٦)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ٦٦).

(٢) المجموع (١١/ ٣٦٢)، الحاوي للماوردي (٥/ ٢٤٤)، المهذب للشيرازي (١/ ٢٨٤)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٨٦).

(٣) المنتقى للباجي (٤/ ١٨٧)، المعونة (٢/ ١٠٥٢).

(٤) الإنصاف (٤/ ٤١٠)، الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٠).

(٥) أما العيب اليسير الذي ليس له قيمة فلا حكم له، قال ابن رشد في المقدمات (٢/ ١٠١): «فأما ما لا يحط من الثمن شيئًا ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه، فإنه لا حكم له».

وإن كان المبيع عروضًا، فالمشهور أن حكمه حكم الحيوان.

القول الثالث:

حكمه حكم العقار، اختاره ابن رشد الجد وغيره. وهذا التفصيل هو القول المشهور في مذهب مالك[١].

القول الرابع:

يخير المشتري بين الرد، وبين إمساك المبيع مع أخذ الأرش، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٢]، وبه قال إسحاق[٣].

❑ دليل الجمهور على أنه ليس له أن يلزم البائع بالأرش:

الدليل الأول:

(ح-٤٤٣) روى البخاري من طريق جعفر بن ربيعة، عن الأعرج قال أبو هريرة، عن النبي ﷺ: **لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**[٤].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ بين حق المشتري بين الإمساك من غير أرش، وبين رد السلعة، ولو كان الأرش واجبًا لبينه النبي ﷺ.

---

(١) مختصر خليل (ص١٨٣)، شرح ميارة (٢/ ٣٢)، الخرشي (٥/ ١٣١)، الشرح الصغير (٣/ ١٥٨)، الشرح الكبير (٣/ ١١٤)، المقدمات الممهدات (٢/ ١٠١)، مواهب الجليل (٤/ ٤٣٤، ٤٣٥)، الذخيرة (٥/ ٥٦)، منح الجليل (٥/ ١٥٦).

(٢) المبدع (٤/ ٨٧، ٨٨)، الإنصاف (٤/ ٤١٠)، كشاف القناع (٣/ ٢١٨)، المحرر (١/ ٣٢٤)، المغني (٤/ ١١٠).

(٣) المغني (٤/ ١١٠).

(٤) صحيح البخاري (٢١٤٨)، ورواه مسلم (١١ - ١٥١٥).

ونوقش هذا الاستدلال:

بأن التصرية من باب التدليس، وليس من قبيل العيب، والتصرية ليس فيها أرش، ولذلك لو امتنع رد المبيع المصَرَّى على البائع لم يملك المشتري المطالبة بالأرش بخلاف العين المعيبة، فإن الفقهاء متفقون بأنه إذا تعذر رد العين المعيبة تعين الأرش.

ورد هذا:

بأن التدليس أقبح من بيع السلعة المعيبة؛ لأن السلعة المعيبة قد يكون عيبها بأصل الخلقة، وقد يكون البائع لم يعلم بالعيب، أو علمه ونسي أن ينبه عليه، بخلاف التدليس فإنه غش وكتمان وخديعة، ولذلك ذهب شيخنا ابن عثيمين رحمه الله تعالى إلى أن الأرش لا يلزم به البائع إلا إذا تبين أنه دلس في السلعة، فقد قال عن قول ابن تيمية بأن الأرش لا يلزم البائع بأنه قول «وجيه إلا إذا علمنا أن البائع مدلس - أي علم بالعيب ولكنه دلس - فهنا يكون الخيار بين الإمساك مع الأرش وبين الرد، معاملة بأضيق الأمرين»[١].

الدليل الثاني:

شرط صحة البيع وجود الرضا من المتعاقدين، وإجبار البائع على دفع الأرش إجبار على معاوضة جديدة لم يلتزمها، ولم يقبل بها، فالبائع لم يرض بخروج المبيع عن ملكه إلا بالمسمى بينهما، فإجباره على إخراجه من ملكه بأقل من المسمى إكراه على البيع، وهذا لا يجوز[٢].

---

(١) الشرح الممتع (٨/ ٣١٩).

(٢) انظر فتح القدير (٦/ ٣٥٦).

الدليل الثالث:

خيار العيب شرع لأجل دفع الضرر عن المشتري وعن البائع: فالمشتري يدفع الضرر عن نفسه بالسلعة المعيبة بتمكينه من رد السعلة إلى صاحبها، وأخذ ما دفعه من الثمن، وعدم إلزامه بقبول السلعة المعيبة بالثمن المتفق عليه.

ودفع الضرر عن البائع يكون بعدم إلزامه بدفع أرش العيب، وهو لم يلتزمه، وبهذا يتحقق أنه لا ضرر ولا ضرار.

فإذا ألزمنا البائع بدفع أرش العيب لحق البائع ضرر بذلك؛ لأنه دخل في العقد على أن يحصل له الثمن كاملًا، فإجبار البائع بإخراج المبيع عن ملكه ببعض الثمن من غير رضاه ضرر بين عليه، فالقول العدل الذي يحقق مصلحة كل من البائع والمشتري بأن يخير المشتري بين الإمساك وبين رد السلعة وأخذ الثمن.

□ دليل من فرق بين العيب اليسير في العقار وبين العيب في الحيوان والعروض:

قالوا: إن العقار لا يخلو من العيب، فلو رد العقار في اليسير والكثير لأضر ذلك بالبائع، ولهذا كانت عادة التجار التساهل في اليسير من العيوب، ولأن العيب اليسير في العقار غالبًا ما يسهل إصلاح عيبه، بحيث لا يبقى منه شيء بخلاف غيره.

وقيل في التفريق: أن العيب في الدور والأصول لا يعيب إلا موضعه، ويتهيأ زواله، وغيرها يعيب جميعه، ولا يتهيأ زواله.

وقيل في التفريق: أن الدور تشترى للقنية بخلاف غيرها[1].

---

(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٣٥).

ويناقش:

بما اعترض به بعض المالكية، حيث ذكر ابن زرقون: بأن مسألة التفريق بين الدور وغيرها ضعيفة، ولذلك احتاج الناس إلى توجيهها[١].

وبأن الأدلة التي أثبتت خيار العيب لم تفرق بين منقول وعقار، وعليه فالتفريق يحتاج إلى دليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع، أو قياس صحيح، ولا دليل.

❑ دليل الحنابلة على أن المشتري له أن يلزم البائع بدفع الأرش:

الدليل الأول:

قالوا بأن العاقدين بانعقاد البيع قد تراضيا بأن الثمن في مقابل المبيع، فكل جزء من الثمن يقابله جزء من المبيع، ومع ظهور العيب في المبيع فقد فات جزء منه، إما عينًا أو صفة، ومن ثم كان للمشتري أن يرجع على البائع ببدل هذا الجزء الفائت من المبيع، وهو الأرش.

ويناقش:

نحن لا نسلم بأن السلعة المعيبة قد فات جزء منها على المشتري، وإنما الواقع أن المشتري قد اغتر فظن المبيع سليمًا، فإذا بان واتضح العيب ثبت له الخيار.

وعلى التسليم بأنه بثبوت العيب في السلعة يكون قد فات جزء من المبيع على المشتري، فإننا والحالة هذه نكون قد مكنا المشتري من رد السلعة لدفع الغبن عن نفسه، ولكن أن نلزم البائع بأن يخرج المبيع من ملكه بثمن لا يرضاه، ولم يجر الاتفاق عليه فإن هذا من الإكراه على البيع، والإكراه على البيع غير جائز،

---

(١) انظر المرجع السابق.

قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، فلا بد في صحة العقد من وجود الرضا من المتعاقدين.

الدليل الثاني:

لو حدث في السلعة المعيبة عيب جديد عند المشتري لم يكن للمشتري حق رد السلعة وقد تغيرت عنده، وكان له أخذ الأرش من البائع عند فقهاء الأئمة الأربعة[١]، فكذلك ما نحن فيه بجامع أن كلًا منهما عيب في المبيع.

ومثله لو تلفت السلعة عند المشتري، ثم اطلع على عيب قديم فيها، فإن له الرجوع بالأرش.

ويجاب:

بأن الرجوع إلى الأرش مع تعذر الرد نوع من الاضطرار أكثر منه من الاختيار؛ لأننا إما أن نقول بعدم الأرش، وهنا إضرار بالمشتري، أو نقول بوجوب الرد مع تغير السلعة وهذا إضرار بالبائع، فكان القول بالأرش هنا من باب الاضطرار، ويختلف الحال عنه إذا كانت السلعة قائمة بحالها لم تتغير، فإنه بالإمكان فسخ العقد برد السلعة على البائع، والرجوع بالثمن للمشتري، وهنا لم يتضرر كل من البائع والمشتري.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجد أن القول القوي الذي تؤيده الأدلة أن الأرش لا يلزم البائع إلا برضاه، وأن المشتري له الخيار بين الإمساك وبين الرد، والله أعلم.

---

(١) سيأتي إن شاء الله تعالى بحث هذه المسألة عند الكلام على موانع رد السلعة المعيبة.

المبحث الحادي عشر
موانع الرد بالعيب

المانع الأول: الرضا بالعيب

[م-٥٤٥] إذا تبين للمشتري بعد البيع أن السلعة معيبة، ورضي المشتري بالعيب فلا خيار له، كما لو علم بالعيب قبل الشراء، ورضي به.

ولا يكفي اطلاعه على العيب بل لا بد أن يعلم أنه عيب في السلعة، فلو اطلع على العيب ورضي به، ولم يعلم أن مثله يعتبر عيبًا فلا يعتبر اطلاعه عليه رضا.

قال في حاشية ابن عابدين: «لو رأى بالأمة قرحة، ولم يعلم أنها عيب، فشراها، ثم علم أنها عيب، له ردها؛ لأنه مما يشتبه على الناس، فلا يثبت الرضا بالعيب»(١).

والرضا بالعيب قسمان: صريح وكناية.

فالرضا الصريح: كأن يقول بعد اطلاعه على العيب رضيت به، أو أجزت البيع، أو أبرأت البائع، أو أسقطت خياري، فإذا نطق بالرضا فلا خيار له، وهذا باتفاق الفقهاء(٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٣، ٣٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٥)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٦٦)، البحر الرائق (٦/ ٥٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢٠)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤١)، الخرشي (٥/ ١٣٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٣)، الشرح الكبير (٣/ ١٢٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٥٤)، المغني (٤/ ١٠٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٤).

لأن الرد حق له، فإذا أسقطه برضاه سقط.

ولأن الرد ثبت دفعًا للضرر عن المشتري، فإذا رضي بالضرر جاز البيع.

قال ابن تيمية: «إذا ظهر ما يدل على الرضا من قول أو فعل سقط خياره بالا تفاق»[١].

والرضا الضمني أو الكناية: بأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضا به، كما لو استغل المبيع لغير ضرورة ولا تجربة[٢]، أو عرضه للبيع.

فإن حصل مثل ذلك، فقيل: يسقط خياره، وهذا قول عامة أهل العلم[٣].

وقيل: لا يسقط خياره، وهو اختيار ابن حزم[٤].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٦٦).

(٢) أما إذا استغل المبيع للضرورة، كما لو اشترى ثوبًا، فلبسه، ثم وقف على عيبه، وهو في السوق، ولو خلعه لانكشفت عورته، أو استخدمه للتجربة بعد أن وقف على عيبه، فإن في هاتين المسألتين خلافًا في كون مثل ذلك مانعًا من الرد، وسوف نفردهما في البحث إن شاء الله تعالى، نسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٧٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨١)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٤)،
قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٢٠): «فإن استغل المبيع، أو عرضه على البيع، أو تصرف فيه تصرفًا دالًا على الرضا قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره. . . وإن فعله بعد عمله بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم».

(٤) قال ابن حزم في المحلى، مسألة (١٥٨٦): «ولا يسقط ما وجب له من الرد: تصرفه بعد علمه بالعيب بالوطء، والاستخدام، والركوب، واللباس، والسكنى، ولا معاناته إزالة العيب، ولا عرضه إياه على أهل العلم بذلك العيب، ولا تعريضه ذلك الشيء للبيع. . .».

❑ دليل الجمهور على سقوط الخيار:

الدليل الأول:

حكى الخرشي من المالكية الاتفاق على سقوط الخيار، قال ﷺ: «وأما لبس الثوب، ووطء الأمة فهو رضا باتفاق»[(١)].

ومع ثبوت الخلاف عن ابن حزم لا يثبت الاتفاق.

الدليل الثاني:

أن التصرف بالمبيع بعد الاطلاع على العيب دليل على رضاه به، ورغبته باستبقاء ملكه عليه، فينزل منزلة التصريح بقبوله إياه.

❑ دليل ابن حزم على أن التصرف لا يسقط الخيار:

بأن الحق الثابت بالنص لا يسقطه إلا نص مثله، أو إجماع، وقد ثبت للمشتري حق الرد بالعيب بالنصوص الصحيحة الصريحة، فلا يسقطه إلا نص أو إجماع متيقن، ولا سبيل إلى وجودهما في هذه المسألة.

❑ والراجح:

ما ذهب إليه الجمهور، وأن التصرف في المبيع واستعماله دليل على رضاه به معيبًا، إذ لو كان يرغب في رده لم يتصرف فيه تصرف الملاك مع كونه من مال الغير، فتصرفه في مال الغير مع رغبته في رده يعتبر من الاعتداء على مال الغير، فحماية لحق البائع اعتبر انتفاعه بمال غيره من قبيل الرضا بالعيب، وأن مثل هذا مسقط لخياره، والله أعلم.



(١) الخرشي (٥/ ١٣٩).



الفرع الأول
استعمال المبيع للضرورة هل يمنع الرد

[م-٥٤٦] إذا لبس الرجل ثوبًا، ثم اكتشف به عيبًا، وهو في السوق، وليس معه من الثياب غيره، فهل بقاؤه لابسًا له حتى يكون في مكان يمكنه أن يجد فيه ثوبًا يلبسه، هل يعتبر مثل ذلك مانعًا من رده؟

ومثل ذلك لو أنه ركب الدابة، ثم اطلع على العيب، وهو في الطريق، وليس معه ما يركبه، فهل ركوبه يسقط حقه في الرد؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

القول بأن ذلك يمنع من رد السلعة، وهو مذهب الحنفية(١)، وأحد القولين في مذهب المالكية(٢)، وهو المفهوم من إطلاق الحنابلة(٣).

❏ وجه ذلك:

أن لبس الثوب وركوب الدابة، وإن كان مضطرًا إليه إذا كان ذلك من أجله هو فهو بمنزلة الرضا، وإن كان من أجل الدابة كما لو ركبها ليعلفها، أو ليسقيها، أو ليردها لم يعتبر ذلك رضا منه.

ولأن اللبس قد ينقص من قيمة المبيع، خاصة إذا طال اللبس، واتسخ الثوب.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٦)، شرح المجلة - خالد الأتاسي (٢/ ٣١٠)، المبسوط (١٣/ ٩٩).

(٢) الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٨).

(٣) الفروع (٤/ ١٠٧)، الإنصاف (٤/ ٤٢٧).

فإن قيل: إنه كان مضطرًا إلى لبس الثوب، أو ركوب الدابة يقال في الجواب: إن اضطراره ألزمه الرضا بالمبيع.

أو يقال: إن اضطراره لا يعطيه حق الفسخ، وإنما يدفع عنه دلالة الرضا بالنقيصة، بحيث يمكنه استرجاع أرش النقيصة إذا طالب به، والله أعلم.

القول الثاني:

لا يمنع ذلك من رد السلعة إذا كان الركوب واللبس للضرورة، وهذا قول في مذهب الحنفية(١)، وهو مذهب المالكية(٢)، واختاره ابن حزم(٣).

❑ وجه ذلك:

أن لبس الثوب في مثل هذه الحالة لا يدل على الرضا بالسلعة، وإنما كان لبسه له ضرورة، وهو معذور في لبسه.

ولأن الرد قد وجب له بوجود العيب، فهو على ما وجب له، لا يجوز أن يسقط هذا الحق إلا بنص، أو إجماع متيقن، ولا سبيل إلى وجودهما هنا.

وقيل: في التفريق بين استدامة اللبس فلا يسقط به الرد، وبين استدامة الركوب، فإنه يسقط به الرد، وهذا مذهب الشافعية(٤).

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٦٦)، وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٥٠): «إذا اطلع المشتري على العيب في المبيع، وهو في البرية أثناء السفر، فحمل عليه ماله خوفًا من ضياعه في البرية، فلا يكون ذلك مانعًا من الرد؛ لأنه معذور في هذه الحال (قهستاني، الدر المختار، والهندية)».

(٢) الشرح الكبير (٣/ ١٢١)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢١، ١٢٢)، الخرشي (٥/ ١٣٧)، منح الجليل (٥/ ١٧١)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤١).

(٣) المحلى (مسألة: ١٥٨٦).

(٤) جاء في المجموع (١١/ ٣٥٠): «ولو كان لابسًا للثوب، فاطلع على عيبه في الطريق، =

❑ وجه قولهم:

أن نزع الثوب في الطريق غير معتاد، فلا يسقط به الرد، ولأن استدامة لبس الثوب في طريقه للرد لا تؤدي إلى نقصه، واستدامة ركوب الدابة قد يؤدي إلى تعيبها.

وقد يقال في الجواب عن ذلك: إن لبس الثوب قد يخلقه، ويتسخ به، بخلاف ركوب الدابة فإنها قد خلقت لذلك فلا تتأثر، لكن التعليل الأول أن خلع الثوب في الطريق غير معهود، وقد لا يكون معه ثوب غيره، بخلاف الركوب فإنه يمكنه المشي، كما يمكنه أن يستأجر دابة غيرها ليركبها، والله أعلم.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال أجد أن القول بأنه إذا اضطر إلى ركوب الدابة، أو لبس الثوب بعد أن علم بالعيب، واختار الرد أن ذلك لا يسقط حقه من الرد، لأنه لا يعتبر ذلك منه رضا بالبيع، والذي هو ركن من أركان البيع، ولكن يثبت عليه أجرة الركوب واللبس إذا استخدم مال غيره مضطرًا إليه، أو يدفع أرش نقص السلعة بسبب الاستخدام، فإن ركب أو لبس غير مضطر إلى ذلك فإن ذلك يمنع من رد السلعة، والله أعلم.

= فتوجه ليرده لم ينزع، فهو معذور؛ لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد، قاله الماوردي، ونقله الرافعي عنه، ولو ركب الدابة للانتفاع، فاطلع على عيبها، لم يجز استدامة الركوب، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعي...».

وانظر أسنى المطالب (٢/ ٦٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٥٥)، حواشي الشرواني (٤/ ٣٧٤)، فتح الوهاب (١/ ٢٩٧)، مغني المحتاج (٢/ ٥٨).



الفرع الثاني
تجربة المبيع بعد العلم بالعيب هل يسقط حق الرد

[م-٥٤٧] اختلف العلماء فيما لو اشترى دابة أو ثوبًا، فوجد عيبًا، ثم ركب الدابة، أو لبس الثوب للتجربة، فهل يسقط حقه في الرد؟

فقيل: إن الركوب واللبس بعد الاطلاع على العيب يسقط حقه من الرد، وهذا مذهب الحنفية(١)، والظاهر من إطلاق المالكية(٢).

قال الكرابيسي: «وإذا اشترى دابةً، أو قميصًا، على أنه بالخيار، فركبها في حاجته لينظر إليها وإلى سيرها، أو لبس القميص لينظر إلى قدره عليه فهو على خياره. ولو اشتراها فوجد بها عيبًا، فركبها، أو لبس القميص كان هذا رضا بالعيب، والفرق: أن شرط الخيار للاختبار، وهذه الأشياء مما يقع بها الاختبار فلم يكن مختارًا، وأما في العيب فليس له أن يختبر.

❑ وجه آخر:

أنه خير ليختبر، فلم يكن ركوبه ولبسه للاختبار اختيارًا. وأما في العيب فلم يجعل له أن يختبر، فصار باختباره مختارًا»(٣).

---

(١) الفروق (٢/ ٦٢، ٦٣)، وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، فتح القدير (٦/ ٣٩١).

(٢) قيد المالكية الركوب في الحضر بأنه يسقط حقه من الرد، بخلاف الركوب في السفر، فإن الركوب فيه يعتبر من باب الاضطرار، وقد سبق بحث هذه المسألة في المسألة التي قبل هذه.
انظر شرح الزرقاني لمختصر خليل (٥/ ١٣٨)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤١)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢١)، الخرشي (٥/ ١٣٦)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٦٥، ١٦٦).

(٣) الفروق (٢/ ٦٢، ٦٣).

وقيل: إن ذلك لا يمنع من رد السلعة، وهذا مذهب الحنابلة(١).

❑ وجه ذلك:

أن استخدام المبيع إذا كان بقصد التجربة لم يكن ذلك من قبيل الرضا بالمبيع؛ لأن المشتري قد يستخدمه ليتحقق من وجود العيب، أو يتحقق من تأثير العيب على وظائف السلعة، فلا يكون الاستخدام رضا بالعيب.

❑ الراجح:

أن الاستعمال بعد الاطلاع على العيب يسقط حقه من الرد إلا إذا ادعى المشتري أنه قصد من الاستعمال التأكد من وجود العيب فإن ذلك لا يسقط حقه من الرد؛ لأن المشتري لا يمكنه المطالبة برد السلعة إلا إذا تحقق من وجود العيب، ولا يكون ذلك إلا باستعمال المبيع، والله أعلم.



(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ١١٩)، معونة أولي النهى (٤/ ١٤٣).

المانع الثاني
تغير المبيع عند المشتري

إذا تغير المبيع بنقص أو زيادة، أو بتحوله إلى عين أخرى لا يجوز تملكها، وكان هذا التغير حدث عند المشتري، فهل يمنع ذلك من رد المبيع، وللجواب على ذلك يقال: تغير المبيع بالزيادة فإن الزيادة تكون على قسمين:

إما أن تكون الزيادة متصلة في المبيع. أو تكون الزيادة منفصلة.

ومثله تغير المبيع بالنقص فهو يأتي على ثلاث صور:

الأولى: أن يكون النقص حاصلًا بسبب خروج بعض المبيع من ملك المشتري ببيع، أو وقف، أو هبة ونحو ذلك.

الثانية: أن يكون النقص حاصلًا بسبب لا بد منه للوقوف على عيب المبيع، وذلك كما في حلب المصراة، وكسر ما مأكوله في جوفه، ونحو فتح المعلبات ونحوها للاطلاع على ما فيها.

الثالثة: أن يكون حصول النقص ليس بسبب الوقوف على عيب المبيع، وإنما نتيجة سوء استخدام المشتري للمبيع، وذلك كما لو اشترى دابة، فانكسرت رجلها، أو أصابها عور أو عمى عند المشتري.

وسوف نبحث إن شاء الله تعالى كل هذه المسائل في مباحث مستقلة، ونبين فيها بحوله وقوته أوجه الاتفاق والخلاف، نسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

❀ ❀ ❀



الفرع الأول
تغير المبيع بتحوله
إلى عين أخرى لا يجوز تملكها

[م-٥٤٨] إذا تغير المبيع بتحوله إلى عين أخرى لا يجوز تملكها، كما لو اشترى رجل مسلم من رجل مسلم عصيرًا معيبًا، فلم يعلم المشتري بعيبه حتى صار خمرًا.

ومثله أن يشتري ذمي خمرًا من ذمي، ثم يسلما، فيجد المشتري في الخمر عيبًا، فإن تحول المبيع إلى عين محرمة لا يجوز تملكها يمنع من رد السلعة المعيبة؛ لأن المسلم لا يصح أن يتملك الخمر بأي سبب من أسباب التملك.

جاء في الفتاوى الهندية: «قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: مسلم اشترى عصيرًا، وقبضه، وتخمر في يده، ثم اطلع على عيب لم يرده، ويرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع: أنا آخذ الخمر بعينها فليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد لحق الشرع...»(١).

وقال النووي: «لو اشترى عصيرًا حلوًا، فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرًا، فله الأرش، وليس له رد الخمر، واسترجاع ثمنه، سواء أرضي البائع بقبوله أم لا؛ لتحريم المعاوضة على الخمر»(٢).

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٨٥)، وانظر البحر الرائق (٦/ ٥٤).

(٢) المجموع (١١/ ٤٦٤)، وانظر المبسوط (١٣/ ٦٦)، مغني المحتاج (٢/ ٦١).



الفرع الثاني
تغير المبيع بالزيادة

المسألة الأولى
تغير المبيع بالزيادة المتصلة

[م-٥٤٩] إذا حدث في المبيع زيادة متصلة، كالسمن في البدن، والبرء من المرض، وكصبغ الثوب وخياطته، ثم وجد المشتري به عيبًا، فهل هذه الزيادة تمنع من رده؟ وإذا رده فلمن تكون هذه الزيادة؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال منها:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الزيادة المتصلة التي تمنع من رد المبيع بالعيب هي كل زيادة لم تكن متولدة من المبيع، وذلك كالصبغ في الثوب، والخياطة في الثوب، والبناء والغرس في الأرض، فهذه الزيادة تمنع من الرد بالعيب مطلقًا، سواء حدثت قبل القبض أو بعده[1].

وحجتهم:

الدليل الأول:

حكى الكاساني الإجماع على أن الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل تمنع من الرد[2].

---

(١) فتح القدير (٦/ ٣٦٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦)، البحر الرائق (٦/ ٥٥)، المبسوط (١٣/ ٣٤)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٩).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦).

الدليل الثاني:

أن هذه الزيادة ليست بتابعة، بل هي أصل بنفسها، فلو رد المبيع فإنه لا يخلو: إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وهذا لا سبيل إليه لتعذره.

أو يرده مع الزيادة، وهذا أيضًا لا سبيل إليه لكون الزيادة ليست مبيعة، فامتنع أصلًا، والفسخ لا يرد على غير المبيع؛ فلو رده مع الزيادة لزم الربا، فإن الزيادة تكون فضلًا مستحقًا في عقد المعاوضة بلا مقابل، وهو معنى الربا أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا، فلا يجوز، فامتنع أصلًا، وليس للبائع أن يأخذه وإن رضي المشتري بترك الزيادة؛ لأن الامتناع لم يتمحض لحقه، بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا.

وكون الزيادة مانعة مطلقًا، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده؛ لأن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بمنزلة القبض، فكأنه قد قبض المبيع[1].

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى أن الزيادة المتصلة لا تمنع من الرد بالعيب، على خلاف فيما بينهم فيمن يستحق هذه الزيادة، هل تكون للبائع، أو تكون للمشتري، أو يكون المشتري شريكًا للبائع في المبيع بقدر تلك الزيادة؟ وإليك تفصيل هذه الأقوال:

فذهب المالكية إلى التفريق بين الزيادة المتولدة من الأصل، وبين ما يحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ والخياطة:

أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن، والكبر، والتعليم، فاختلف المالكية على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦)، فتح القدير (٦/ ٣٦٧).

الأول: أن ذلك لا يمنع من الرد بالعيب، وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها، أو يمسك، ولا شيء له.

الثاني: أن ذلك يمنع من الرد بالعيب، وليس له إلا الإمساك، والرجوع بقيمة العيب.

وأما الزيادة التي تكون نتيجة ما يحدثه المشتري في المبيع من صبغ وخياطة، فإنه لا خلاف في المذهب أن ذلك يوجب له الخيار: بين أن يمسك، ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويكون شريكًا بما زاد بما أحدثه من الصبغ وشبهه(١).

❑ **وجه ذلك:**

أن مال المشتري قد اختلط بمال البائع على وجه لا يمكن فصلهما، فأصبحا شريكين بقدر حصصهما.

وأما الشافعية، والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الزيادة المتصلة لا تمنع من الرد، وترد مع أصلها، ولا شيء للمشتري(٢).

❑ **وجه قولهم:**

أن هذه الزيادة لا يمكن أن تنفرد عن الأصل في الملك، فمن ملك الأصل ملك هذه الزيادة.

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ١٢٧)، مواهب الجليل (٤/ ٤٤٧، ٤٤٨)، المقدمات (٢/ ١٠٣)، جواهر الإكليل (٢/ ٤٥)، الشرح الكبير (٣/ ١٢٧)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤٧)، مختصر خليل (ص١٨٤).

(٢) انظر في مذهب الشافعية: مغني المحتاج (٢/ ٦١، ٦٢)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، منهاج الطالبين (١/ ٤٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٦٥، ٦٦)، المهذب (١/ ٢٨٥).

وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الفوائد المتصلة ترد مع المبيع عند رده بالعيب، وفي دعوى الإجماع نظر(١).

وذهب الإمام أحمد في رواية، اختارها ابن عقيل وابن تيمية إلى أن الزيادة لا تمنع من الرد، وتكون الزيادة من حق المشتري(٢).

---

(١) نيل الأوطار (٥/ ٣٢٦)، سبل السلام (٢/ ٥٠٦).

(٢) قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٠):

«والنماء المتصل في الأعيان المملوكة، العائدة إلى من انتقل الملك عنه، لا يتبع الأعيان، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب، حيث قال: إذا اشترى غنمًا، فنمت، ثم استحقت، فالنماء له، وهذا يعم المتصل والمنفصل...».

وقال ابن رجب في القواعد في القاعدة الحادية والثمانين (ص١٥٧):

«النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا، والمنصوص عن أحمد أنه لا يتبع، وهو الذي ذكره الشيرازي في المبهج، ولم يحك فيه خلافًا، وهو اختيار ابن عقيل صرح به في كتاب الصداق، والشيخ تقي الدين، ويتبع الأصل في التوثقة والضمان على المشهور. ويتخرج على ذلك مسائل، منها:

المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عند الأصحاب أن الزيادة للبائع تبعا لأصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئًا.

وخرج ابن عقيل بأن الزيادة للمشتري، وكذلك قال الشيرازي، وزاد: أنه يرجع على البائع بقيمة النماء، وهو كذلك، ذكره الشيخ تقي الدين وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب إذا اشترى غنمًا، فنمت، ثم استحقت، فالنماء له، قال: وهذا يعم المنفصل والمتصل.

قلت - القائل ابن رجب- نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريح كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور، فيمن اشترى سلعة فنمت عنده وكان بها داء، فإن شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الدواء، وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء... ووجه الإجبار هنا على دفع القيمة: أن البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها، فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها، وإن لم يقع عليه العقد...».

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:

الملك ثابت للمشتري في السلعة المعيبة من حين العقد، وكون الخيار له في رد السلعة المعيبة لا ينافي ثبوت الملك، وإذا كان الملك له، كان النماء له أيضًا، لأنه حدث في ملكه.

الدليل الثاني:

(ح-٤٤٤) روى أحمد من طريق ابن أبي ذئب، قال: حدثني مخلد ابن خفاف بن إيماء، عن عروة عن عائشة، عن النبي ﷺ، قال: **الخراج بالضمان**[١].

[إسناده ضعيف، وقد ضعفه البخاري وأبو داود، وقال الترمذي: العمل على هذا عند أهل العلم][٢].

الدليل الثالث:

ولأن النماء المتصل قد يكون أنفع من المنفصل وأغلى عند الناس، فإذا فسخ البيع يقوم المبيع حين العقد، ويقوم حين الفسخ، والفرق بين القيمتين تكون للمشتري.

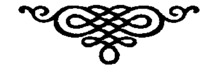
❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجد أن القول بأن الزيادة لا تمنع من الرد هو القول الراجح لقوة أدلته، وهل يستحق الزيادة البائع، أو المشتري، فإذا كانت

(١) المسند (٦/ ٤٩، ٢٣٧).

(٢) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦).

الزيادة قد حدثت في ملك المشتري فهي من نصيبه، لأن الخراج بالضمان، ولكن لا يجبر البائع على دفع قيمة هذه الزيادة المتصلة؛ لأن إجبار البائع على دفع قيمة الزيادة إجبار على معاوضة لم يردها، والبيع إنما هو عن تراض، فإن شاء البائع أن يدفع قيمة تلك الزيادة، وإلا كان المشتري شريكًا له بقدر تلك الزيادة، هذا ما أميل إليه، والله أعلم.



المسألة الثانية
تغير المبيع بالزيادة المنفصلة

المطلب الأول
الزيادة إذا كانت من غير عين المبيع

[م-٥٥٠] الزيادة المنفصلة تارة تكون من عين المبيع كالولد والثمرة.

وتارة تكون من غير عين المبيع، وذلك مثل كسب العبد وخدمته، وأجرته، ونحو ذلك. فإذا كانت الزيادة من غير عين المبيع كما لو اشترى الرجل سيارة يشتغل عليها، ويكسب منها، أو آلة تدر عليه غلة معينة كل يوم، فهل له أن يرد المبيع وقد حدث فيه زيادة منفصلة غير متولدة، أو أن هذه الزيادة تمنع من الرد؟

وللجواب يقال: قد أجمع الفقهاء على أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغلة الحاصلة من تأجير المبيع لا تمنع من رد المبيع بالعيب.

جاء في تحفة الفقهاء: «أجمعوا أن الكسب والغلة التي تحدث بعد القبض لا تمنع فسخ العقد»[1].

واتفق عامتهم على أن الزيادة تكون للمشتري[2].

---

(١) تحفة الفقهاء (٢/ ١٠٠)، وانظر المبسوط (١٣/ ١٠٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٠)، المعونة (٢/ ١٠٦٠)، الاستذكار (١٩/ ٥٨)، مواهب الجليل (٤/ ٤٤٨)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٨)، القبس (٢/ ٨٠٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٦٥، ٦٦)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٣)، المهذب (١/ ٢٨٥)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١/ ٢٩٩)، المغني (٤/ ١٠٩)، الكافي (٢/ ٨٤)، المحرر (١/ ٣٢٤).

(٢) انظر المراجع السابقة.

وقيل: الزيادة ترد مع المبيع، ونسب هذا القول إلى عثمان البتي، وعبيد الله ابن الحسن[١].

وقد احتج الجمهور بحديث الخراج بالضمان، وقد سبق بحثه[٢].

كما احتج بعضهم بالإجماع، قال ابن قدامة عن كون الزيادة المتولدة من غير عين المبيع للمشتري، قال: «لا نعلم في هذا خلافًا»[٣].

وقال ابن رجب: «لو اشترى شيئًا، فاستغله، ونما عنده، ثم رده بعيب، فإن كان نماؤه كسبًا لم يرده معه، قال كثير من الأصحاب: بغير خلاف...»[٤].

□ وأما حجة من قال: الغلة رد على البائع:

لم أقف على حجتهم، وقد قال ابن عبد البر: «أما... عثمان البتي وعبيد الله بن الحسن فقد جهلوا السنة المأثورة من نقل أهل المدينة في أن الخراج بالضمان، والغلة بالضمان، وقالوا بالرأي على غير سنة»[٥].

فإن كان رأيهم مبنيًا على أن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله، وكأن المبيع لم ينتقل عن ملك البائع، فإن هذا غير مسوغ لهذا القول، وذلك أن يد المشتري كانت يدًا ضامنة، والغنم بالغرم، والخراج بالضمان فليس القول بأن الرد فسخ للعقد من أصله يجعل الغلة من حق البائع، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(١) الاستذكار (١٩/ ٦٠).
(٢) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦).
(٣) المغني (٤/ ١٠٩).
(٤) القواعد (ص٢٧).
(٥) المرجع السابق الصفحة نفسها.

المطلب الثاني
الزيادة المنفصلة إذا كانت من عين المبيع

إذا اشترى الرجل دابة، وبعد قبضها ولدت، ثم وقف على عيب فيها، أو اشترى شجرة، فأثمرت عنده، فوقف على عيب فيها، فهل هذه الزيادة تمنع من ردها؟

اختلف العلماء في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول:

تمنع من الرد ما دام أن الزيادة حدثت بعد قبض السلعة، وهذا مذهب الحنفية[1].

القول الثاني:

لا تمنع ممن الرد، وهذا مذهب الجمهور على خلاف بينهم لمن تكون هذا الزيادة:

القول الثالث:

إن كانت النماء من قبيل الثمار، فالثمار للمشتري، وإن كان من قبيل الولد فهو يرد مع أمه للبائع، وهذا مذهب المالكية[2].

---

(١) المبسوط (١٣/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٥)، فتح القدير (٦/ ٣٦٨).

(٢) المدونة (٤/ ٣٤٣)، المعونة (٢/ ١٠٦٠)، الاستذكار (١٩/ ٥٩)، المقدمات الممهدات (٢/ ١٠٣)، الذخيرة (٥/ ٧٥)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٧).

القول الرابع:

الزيادة للمشتري من غير فرق بين الثمرة والولد، وهذا مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

القول الخامس:

الزيادة تكون للبائع، وهو ظاهر قول عثمان البتي، وعبيد الله ابن الحسن[٣]، ورواية عن أحمد[٤].

❑ دليل من قال: الزيادة تمنع الرد:

استدل الحنفية لمنع الرد بأن القول بالرد يتضمن محظورين؛ لأنها إما أن ترد مع الأصل، أو يرد الأصل بدونها:

فإن ردت مع الأصل ترتب على ذلك إعطاء ربح ما لم يضمن، وهو منهي عنه[٥].

وإن رد الأصل بدونها لزم منه الربا: لأن المشتري يكون أخذ الزيادة بدون مقابل، وذلك هو عين الربا، وما دام أن الفسخ يترتب عليه هذان المحظوران، فإننا نقول: يمتنع الرد، ويتعين الأرش، حتى لا يذهب حق المشتري[٦].

---

(١) المجموع (١١/ ٤٠٣)، المهذب (١/ ٢٨٥)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٨٩)، فتح الوهاب للأنصاري (١/ ٢٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ٦٢)، السراج الوهاج (ص١٨٩).

(٢) المغني (٤/ ١٠٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٠)، الكافي (٢/ ٨٤)، المحرر (١/ ٣٢٤)، الإنصاف (٤/ ٤١٢). إلا أن يكون الولد ولد أمة فيتعين الأرش للنهي عن التفريق بين الأمة وولدها.

(٣) الاستذكار (١٩/ ٦٠)، المحلى (٧/ ٥٩٦).

(٤) الإنصاف (٤/ ٤١٣)، قواعد ابن رجب (ص٢٧).

(٥) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦)

(٦) انظر المبسوط (١٣/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦).

ويناقش:

بأن المشتري إذا أخذ الزيادة لم يكن ذلك بلا مقابل، بل أخذ ذلك مقابل الضمان، ولذلك لم يعتبر الحنفية الغلة الحاصلة من كسب العبد إذا أخذها المشتري بأنها من قبيل الربا، مع أنها زيادة حاصلة من عين المبيع.

❑ دليل المالكية في التفريق بين ثمرة الشجرة وبين الولد:

أما الدليل على أن ثمرة الشجرة تكون للمشتري، فهو حديث الخراج بالضمان[١].

وأما الدليل على أن الولد يكون للبائع، فإن الولد لا يعتبر خراجًا للمبيع، وإنما هو جزء منه، بمنزلة العضو منه.

ولأن العقد إذا انفسخ، ورجع الملك إلى صاحبه، فالملك قد سرى إلى الأولاد، والرد بالعيب إنما هو فسخ للعقد من أ صله، لا من حين الرد، فيرجع الملك بما أسري إليه، واتصل به.

ويناقش:

بأن التفريق بين الثمرة والولد تفريق ضعيف، فكلاهما نماء للمبيع، وأما الاستدلال بأن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله، فهذه مسألة خلافية، وقد سبق بحثها، وعلى التسليم بذلك فإن الثمرة والولد لم يقع عليهما عقد البيع، لا عند العقد، ولا عند القبض، فلم يكونا جزءًا من الصفقة حتى يكونا جزءًا من المبيع.

❑ دليل من قال: الزيادة للمشتري:

(ح-٤٤٥) استدل بما رواه أحمد من طريق ابن أبي ذئب، قال: حدثني مخلد

(١) سيأتي تخريجه، انظر (ح٤٦٦).

ابن خفاف بن إيماء، عن عروة عن عائشة، عن النبي ﷺ قال: **الخراج بالضمان**[(١)].

[إسناده ضعيف][(٢)].

وجه الاستدلال:

أن قوله ﷺ: **الخراج بالضمان** يشمل كل خارج من السلعة، سواء كان هذا الخارج من عين المبيع، أو من غيره، ومن فرق فعليه الدليل، ولا دليل.

□ الراجح:

بعد استعراض الأقوال والأدلة أجد أن قول الشافعية والحنابلة متفق مع النصوص الشرعية القاضية بأن الخراج بالضمان، وإذا كانت الغلة بالإجماع هي من حق المشتري، فإنه لا فرق بين الغلة وبين الولد إلا أن يكون الولد مما وقع عليه البيع كما لو كان المبيع حاملًا وقت العقد، فهذه مسألة أخرى، أما إذا حصل الحمل عند المشتري، فولدت عنده، فهو له، لأن ضمان المبيع عليه، والله أعلم.



---

(١) المسند (٦/ ٤٩، ٢٣٧).

(٢) سيأتي تخريجه، انظر (ح ٤٦٦).

الفرع الثالث
تغير المبيع بالنقص

نقص المبيع تارة يكون بإخراج بعضه بالبيع، أو بالوقف أو الهبة ونحوها، فهل خروج بعض المبيع من ملك المشتري مانع من رد الباقي المعيب؟

هذه المسألة سوف يأتي بحثها إن شاء الله تعالى في مبحث مستقل، ولكننا في هذا المبحث نعني بالنقص فقط ما يلحق المبيع من نقص عينه، إما بسبب لا بد منه للوقوف على عيب المبيع، وذلك نحو حلب الشاة المصراة، وكسر ما مأكوله في جوفه، وإما بسبب سوء استخدام المشتري للمبيع، فهل مثل هذا النقص يمنع من رد السلعة المعيبة، هذا ما سوف نتطرق إليه إن شاء الله تعالى في المباحث التالية.



المسألة الأولى
أن يكون النقص بسبب
لابد منه للوقوف على عيب المبيع

المطلب الأول
إسقاط الرد بحلب المصراة

[م-٥٥١] اختلف العلماء في حلب الشاة المصراة هل يعتبر ذلك مانعًا من رد السلعة المعيبة؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا حلب الشاة المصراة فليس له ردها مطلقًا، لا بسبب التصرية، ولا بغيره من العيوب، ويرجع بنقصان عيب قديم غير التصرية. وهذا مذهب أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن، وقول قديم لأبي يوسف(١).

القول الثاني:

حلب المصراة لا يمنع من الرد إلا إذا زاد ذلك عن المدة المقدرة شرعًا،

---

(١) سبق لنا أن الحنفية لا يعتبرون التصرية عيبًا إلا بالشرط، ولكن حلب المصراة نفسه يعتبر من التصرف في المبيع الذي يفوت الرد بالعيوب الأخرى التي يقف عليها المشتري.
انظر المبسوط (١٣/ ٣٨)، شرح معاني الآثار (٤/ ١٩)، البحر الرائق (٦/ ٥١)، فتح القدير (٦/ ٤٠٠)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤)، مختصر الطحاوي (ص٨٠).
وقال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٥٨): «قال أصحابنا: إذا اشترى شاة فحلب لبنها لم يردها بعيب، ويرجع بنقصان العيب».

وهي ثلاثة أيام، فإذا حلبها أكثر من ثلاثة أيام فإن ذلك منه يكون رضا بالمبيع، ويمنع من الرد، وهذا هو قول الجمهور[١]، وبه أخذ زفر وابن أبي ليلى والقول الجديد لأبي يوسف[٢].

☐ دليل الحنفية على أن حلب المصراة يمنع رد المبيع:

أما استدلالهم على أن حلب المصراة مانع من رد السلعة بأي عيب ظهر للمشتري، فهو مبني على أن لبن المصراة جزء من المبيع، فاستيفاؤه استيفاء جزء من المبيع، فأخذه يفوت على صاحبه حق الرد؛ لأنه نقص في عين المبيع حدث عند المشتري، كما أن الحلب دليل على الرضا بالمبيع.

وأجيب:

بأن التصرية غش وخداع لا يمكن معرفته والوقوف عليه إلا بالحلب، فكيف يكون الحلب دليلًا على الرضا بالمبيع؟!

وأما استدلالهم على أن التصرية ليست عيبًا:

فقولهم هذا مبني على أساس أن حقيقة العيب ما انعدمت معه صفة السلامة وقلة اللبن لا تنعدم معه صفة السلامة؛ لأن اللبن ثمرة، وبانعدام الثمرة لا تنعدم

---

(١) المدونة (٤/ ٢٨٦)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٦)، الذخيرة (٥/ ٦٤)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٤٢٩)، مواهب الجليل (٤/ ٤٣٨)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٢)، شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٦٢)، مغني المحتاج (٢/ ٦٣)، غاية البيان شرح زبد بن رسلان (ص١٨٨)، الحاوي الكبير (٥/ ٢٣٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٧١)، الوسيط (٣/ ١٢٢)، الإنصاف (٤/ ٣٩٩)، الكافي (٢/ ٨٠)، المبدع (٤/ ٨١)، الإقناع (٢/ ٢١٠)، كشاف القناع (٣/ ٢١٤)، المحرر في الفقه (١/ ٣٢٨).

(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ١٨ - ٢٢)، مختصر الطحاوي (ص٨٠)، المبسوط (١٣/ ٣٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤).

السلامة. وإذا ثبتت صفة السلامة انتفى العيب، وما دام أنه ليس بعيب فإن التدليس به لا يثبت الخيار[١].

ولأن اشتراط غزارة اللبن مفسد للبيع، كشرط الحمل، فإذا كان لا يمكن اشتراطه لم يكن فقده نقصًا في المبيع[٢].

وبأن المشتري مغتر، وليس بمغرر، فهو كما لو علفها، فانتفخت بطنها، وظن المشتري أنها حامل لم يثبت له الخيار فكذلك هنا، وقد كان يمكنه أن يسأل البائع عن لبنها، أو يشترط عدم التصرية، فحين لم يفعل كان ذلك دليلًا على رضاه بعيبها، وبالتالي فهو ليس مغرورًا من قبل البائع، وإنما هو الذي غر نفسه[٣].

ولأن المبيع إذا اختلط بمال المشتري، وزاد زيادة متصلة فإن ذلك يمنع من رد السلعة، فاللبن الذي أخذه المشتري قد كان بعضه في ضرعها وقت وقوع البيع، فهو جزء من المبيع، وبعضه حدث في ضرعها في ملك المشتري بعد وقوع البيع عليها فهو من ملك المشتري، وقد اختلط هذا بهذا، ولم يعرف مقدار واحد منهما، فيفوت الفسخ في المبيع كما لو تصرف في المبيع المعيب بعد قبضه[٤].

وسوف يأتي إن شاء الله تعالى مناقشة مجموع هذه الأدلة واحدًا واحدًا في باب خيار التدليس، فانظره هناك مشكورًا.

---

(١) انظر المبسوط (١٣/ ٣٩).

(٢) انظر المبسوط (١٣/ ٣٩).

(٣) انظر المبسوط (١٣/ ٣٩).

(٤) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ٢٠).

◻ دليل الجمهور على أن حلب المصراة لا يمنع من رد السلعة:

الدليل الأول:

(ح-٤٤٦) ما رواه البخاري من طريق جعفر بن ربيعة، عن الأعرج قال أبو هريرة، عن النبي ﷺ: **لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**[(١)].

الدليل الثاني:

(ح-٤٤٧) ما رواه مسلم من طريق سهيل، عن أبيه عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعًا من تمر**[(٢)].

ورواه مسلم أيضًا من طريق قرة، عن محمد، عن أبي هريرة إلا أنه قال: ورد معها صاعًا من طعام لا سمراء.

فيؤخذ من مجموع اللفظين:

ثبوت النهي عن التصرية، وأن المشتري بالخيار حتى بعد الحلب، وأن عليه إن حلبها أن يرد معها صاعًا من طعام أو صاعًا من تمر، وأن مدة الحلب التي لا تمنع من الرد إلى ثلاثة أيام، فإن حلب بعد الثلاث كان ذلك دليلًا على رضاه بالمصراة، وقد ادعى الحنفية في رد حديث أبي هريرة دعاوى كثيرة كلها لا تقف في مواجهة الحديث الثابت الصحيح، منها ما لا ينبغي ذكره، كالكلام الذي يطال شخص أبي هريرة ﵁، فإن مثل هذا لا يقدر الباحث على ذكره تعاظمًا له واستقباحًا، فيرى بدلا من الجواب عليه تجاهله لافتقاره إلى الموضوعية

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨)، ورواه مسلم (١١ - ١٥١٥).

(٢) صحيح مسلم (٢٨٠٣).

والإنصاف، وأسأل الله أن يغفر لهم ما وقعوا فيه من التعصب الذي أوقعهم في النيل من صحابي جليل كرس حياته لحفظ العلم، وروايته.

ومنها ما يمكن مناقشته والجواب عنه، وسوف نأتي على ذكره إن شاء الله مفصلًا في خيار التدليس، نسأل الله وحده عونه وتوفيقه.





المطلب الثاني
نقص المبيع بكسر ما مأكوله في جوفه

[م-٥٥٢] إذا اشترى إنسان ما مأكوله في جوفه كالبطيخ والرمان، والبيض فوجده فاسدًا: فإن كان فاسده لا قيمة له فإن للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن كله؛ لأن هذا تبين به فساد العقد من أصله؛ لأنه بيع ما ليس بمال، وبيع ما ليس بمال لا ينعقد، ولأن من شروط البيع أن يكون المبيع مشتملًا على منفعة دينية أو دنيوية، وبيع ما لا نفع فيه باطل. وهذا قول جمهور الفقهاء[١].

وذهب المالكية في المشهور إلى أن ما لا يمكن الاطلاع على عيبه إلا بتغير في ذات المبيع كسوس الخشب، والجوز واللوز، والبطيخ والمر من القثاء فإنه لا يكون عيبًا، ولا قيمة للمشتري على البائع في نظير ذلك إلا أن يشترط الرد لفظًا أو عرفًا، فيعمل به؛ لأنه شرط فيه غرض، ومالية[٢]، وهذا القول هو رواية في مذهب الحنابلة[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٤)، الحاوي (٥/ ٢٦٢، ٢٦٣)، المجموع (١١/ ٤٩٩)، المغني (٤/ ١٢٢)، الإنصاف (٤/ ٤٢٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٤)

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٣٤)، الخرشي (٥/ ١٣٠)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٢)، الشرح الكبير (٣/ ١١٣)، الشرح الصغير (٣/ ١٥٧)، منح الجليل (٥/ ١٥٥).

وهذا هو المشهور من مذهب المالكية، وفي المذهب أقوال أخرى، منها: أن للمشتري الرد كسائر العيوب.

وقيل: بالتفريق بين العيوب التي ترجع إلى أصل الخلقة، والعيوب الطارئة، فما كان في أصل الخلقة فلا يرد المبيع، وما كان طارئًا فله حق الرد.

وقيل: إن الرد إنما يكون فيما كان اختباره ممكنًا كالبطيخة والبطيختين، وما لا فلا.

وقيل: بالتفريق بين فساد الكل وفساد البعض.

(٣) الإنصاف (٤/ ٤٢٤).

❏ **وجه قول المالكية:**

أن البائع لم يجر منه تفريط ولا تدليس، لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره يجري مجرى البراءة من العيوب.

❏ **الراجح:**

ما ذهب إليه الجمهور، وكون البائع لا يعلم بالعيب فهذا يرفع عنه الإثم، ولكن بم يأخذ مال أخيه بغير حق، وقد باع عليه ما ليس بمتقوم، ولا يعتبر مالًا؟ والله أعلم.



المسألة الثانية
أن يكون نقص المبيع
بسبب سوء استخدام المشتري

[م-٥٥٣] إذا كان المشتري قد اشترى سلعة معيبة لم يعلم عيبها، وقبل أن يردها حدث فيها عيب جديد من قبله، فهل يمنع حدوث هذا العيب من رد السلعة بالعيب القديم؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ليس له الرد، وله أرش العيب القديم.

وهذا مذهب الحنفية(١)، والقول الجديد للشافعي(٢)، ورواية عن الإمام أحمد(٣)، اختارها ابن تيمية(٤).

القول الثاني:

يخير المشتري بين الرد وإعطاء البائع ثمن العيب الحادث، وبين الإمساك وأخذ الأرش من البائع.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، فتح القدير (٦/ ٣٦٥)، المبسوط (١٣/ ٩٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٤).

(٢) الحاوي (٥/ ٢٥٧).

(٣) الكافي (٢/ ٨٥)، الفروع (٤/ ١٠٥)، الإنصاف (٤/ ٤١٥، ٤١٦).

(٤) ذكر صاحب الإنصاف عن ابن تيمية أن وطء الأمة الثيب يمنع ردها، اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله، ذكره عنه في الفائق، انظر الإنصاف (٤/ ٤١٥).

وهذا مذهب المالكية[١]، ورواية عن الإمام أحمد[٢]، وهو قول إسحاق[٣].

إلا أن المالكية والحنابلة فرقوا بين المدلس وغيره فإن كان البائع قد دلس العيب فإن للمشتري أن يرد المبيع بذلك العيب، ولا يلزمه أرش العيب الحادث، وله أن يمسك المبيع دون أخذ أرش العيب القديم[٤].

القول الثالث:

للمشتري الإمساك بلا أرش، أو رد السلعة مع دفع أرش العيب الذي حدث

---

(١) قال ابن جزي في القوانين (ص١٧٦): «المسقط الرابع: حدوث عيب آخر عند المشتري، فهو بالخيار إن شاء رده، ورد أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به، وأخذ أرش العيب القديم...».
وانظر التاج والإكليل (٤/ ٤٤٥)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٢)، مختصر خليل (ص١٨٤)، الخرشي (٥/ ١٤٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٥).

(٢) الفروع (٤/ ١٠٥)، الإنصاف (٤/ ٤١٦)، الكافي (٢/ ٨٥).

(٣) المغني (٤/ ١١١)، وقد ذكر ابن قدامة عن إسحاق في الأمة إذا كانت بكرًا، فوطئها المشتري، ثم ظهر على عيب، فليس له أن يردها، وله أن يأخذ أرش العيب، فعلى هذا يكون لإسحاق قولان في المسألة، انظر المغني (٤/ ١١١).

(٤) انظر الموطأ للإمام (٢/ ٧٥٠)، الاستذكار (٢٢/ ٢٨٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٧)، المبدع (٤/ ٩١)، الإنصاف (٤/ ٤١٧).
وللمالكية تقسيم للعيب الحادث لم أر حاجة إلى نقله في صلب الأقوال، وذلك أنهم يقسمون العيب الحادث عند المشتري إلى ثلاثة أقسام:
عيب خفيف فهذا يرد المبيع، ولا يرد ما نقصه ليسارته.
وعيب مفسد للمبيع، فإن هذا يمنع من رد المبيع، ويرجع بقيمة العيب فقط.
وعيب متوسط، يخير المشتري بين إمساكه وأخذ أرش العيب، أو يرده مع أرش الحادث.
ولا حاجة إلى هذا التقسيم؛ لأن العيب المفسد للمبيع داخل في إتلاف المبيع، وليس في حدوث عيب فيه، والعيب الخفيف الذي لا يؤثر في الثمن، ولا ينقص من قيمة السلعة لا أثر له، فصار الكلام في العيب المؤثر في السلعة، وهو العيب المتوسط.
انظر ما تقدم من المراجع التي ذكرناها في مذاهب المالكية.

عنده، وهو قول الثوري، وحكاه عن الشافعي في القديم[1].

هذا ملخص الأقوال في هذه المسألة:

❑ تعليل من قال ليس له الرد، وله أخذ الأرش:

التعليل الأول:

الرد إنما ثبت حقًا للمشتري لإزالة الضرر، وفي الرد هنا إضرار بالبائع، والضرر الخاص لا يزال بالضرر الخاص فتضرر المشتري بالعيب القديم لا يدفع بالإضرار بالبائع بالعيب الجديد، فتعين الرجوع بالنقصان، وهو الأرش.

فكل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري، ومالا فلا، وما لا يرد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري.

ويمكن مناقشة هذا التعليل:

أن مراعاة حق المشتري أولى من مراعاة حق البائع، وذلك أن البائع ربما كان مفرطًا في عدم اطلاع المشتري على عيب سلعته، ولأن حق المشتري بالرد ثابت قبل حدوث العيب عند المشتري، ولأن الرد فيه جبر لضرر البائع والمشتري، ففيه جبر لضرر البائع بالأرش، وفيه جبر لضرر المشتري بالرد.

التعليل الثاني:

أن من شرط الرد بقاء المبيع على حاله، لأن من حق البائع أن يقول: هذه ليست سلعتي التي أقبضتك.

فإذا تغير المبيع سقط حق الرد، وبقي حق الرجوع بالنقصان، وهو الأرش.

---

(١) الحاوي (٥/ ٢٥٧).

ويناقش هذا الاستدلال:

بأن القول أن من شرط الرد بقاء المبيع على حاله، إن كان هذا الشرط متفقًا عليه فهو حجة، وإن كان مختلفًا فيه كما هو الواقع فهو استدلال بمحل النزاع، فلا يكون حجة.

وإذا رد المشتري السلعة بالعيب، ورد معها قيمة ما حدث عنده من العيب فكأنه رده بحاله؛ لأنه قد أخذ أرش النقص بالعيب الحادث عند المشتري.

التعليل الثالث:

أن حق المشتري لن يضيع سدى؛ لكون البائع سيدفع أرش العيب القديم.

ويناقش:

قد يكون غرض المشتري سلامة المبيع من هذا النقص، فوجود العيب في المبيع قد يفوت عليه غرضا مشروعًا في المبيع، فإلزامه إمساك سلعة معيبة لم يقصدها بالعقد من الإكراه غير المشروع.

☐ دليل من قال: إن رد المشتري دفع الأرش، وإن أمسك أخذ الأرش:

الدليل الأول:

(ح-٤٤٨) ما رواه البخاري من طريق جعفر بن ربيعة، عن الأعرج قال أبو هريرة، عن النبي ﷺ: **لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**[١].

وجه الاستدلال:

أن لبن المصراة جزء من المبيع، ومع إتلاف المشتري لم يمنع ذلك من الرد،

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨)، ورواه مسلم (١١ - ١٥١٥).

وصار مخيرًا بين أن يمسك الشاة، وبين أن يردها ويدفع صاعًا من تمر قيمة لما أتلف.

ويناقش:

بأن حديث المصراة وإن كان قد أعطى المشتري حق الرد، إلا أنه لم يعطه مع الإمساك حق أخذ الأرش، فهو دليل للقول الثالث، وليس دليلًا لهذا القول؛ لأن الحديث خير المشتري بين الإمساك بلا أرش، أو رد السلعة وضمان ما أتلف من لبنها، والله أعلم، وقد اعترض الحنفية على هذا الحديث بعدة اعتراضات ذكرناها، وأجبنا عليها في المسألة السابقة.

الدليل الثاني:

(ث-٨٩) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق أيوب، عن ابن سيرين عن عثمان، أنه قضى في الثوب يشتريه الرجل، وبه عوار[١] أنه يرده إذا كان قد لبسه[٢].

[ضعيف][٣].

وجه الدلالة:

في هذا الأثر عن عثمان رضي الله عنه أنه أجاز الرد مع نقصان المبيع، فدل على أن نقصان المبيع لا يمنع من الرد.

❑ دليل من قال له الإمساك بلا أرش، أو رد السلعة مع دفع الأرش:

إذا كنا رجحنا في السلعة يشتريها الرجل، فيقف على عيب فيها أنه مخير بين

---

(١) العوار: الشق في الشيء، كالثوب، والبيت ونحوهما، قال تعالى: ﴿إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ﴾ [الأحزاب: ١٣].

(٢) المصنف (٤/ ٣٧٢) رقم: ٢١١٦٨ .

(٣) ابن سيرين لم يسمع من عثمان رضي الله عنه، انظر تهذيب الكمال (٢٥/ ٣٥٣).

الإمساك بلا أرش، أو الرد، فينبغي أن نستصحب هذا الحكم فيما لو اختار الإمساك، فإذا قلنا: بأنه لا حق له في أخذ الأرش إذا كان المشتري قد حافظ على المبيع، فينبغي ألا يكون له حق في أخذ الأرش إذا لم يحافظ على المبيع من باب أولى، أما إذا اختار الرد فإن عليه دفع ما لحق في السلعة من نقص؛ لأن العيب حدث في زمن كانت السلعة في ضمانه، فيغرم النقص من باب ضمان الإتلاف، كما يضمن ذلك أي شخص يتلف مال غيره، وليست يده يد أمانة حتى يعفى من الضمان، وكما لو أحدث العيب البائع بعد قبض المشتري فإنه يضمن ما أحدث في السلعة من نقص.

قال ابن رشد: «قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له إلا الرد، فوجب استصحاب حال هذا الحكم وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده»[1].

ويتعقب:

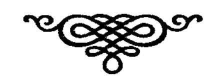
بأن هذا الكلام جيد إلا أنهم في الحقيقة لم يجمعوا على أنه إذا لم يحدث عيب عند المشتري فليس له إلا الرد فالحنابلة يرون كما سبق أن له الإمساك مع أخذ الأرش، نعم القول بالرد بدون أرش هو القول الراجح كما قدمنا، ولم تكن المسألة من مسائل الإجماع.

☐ الراجح من الخلاف:

أرى أن القول بأن المشتري مخير بين الإمساك بلا أخذ الأرش، وبين رد السلعة وضمان ما ألحقه فيها من تلف هو القول الراجح؛ لأنه متسق مع القواعد الفقهية، وحديث المصراة دليل قوي له؛ لأن المشتري قد خيره الشارع بين

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٣٧).

الإمساك بدون أخذ الأرش، أو رد السلعة ودفع قيمة ما أتلف من لبنها، وقد قدره الشارع صاعًا من تمر، وتدليس البائع لا يعني عدم حرمة ماله، فالتصرية حرام، وقد حكي الإجماع على التحريم كما سبق ونقلته، ومع ذلك فإن المشتري يغرم قيمة ما أتلف من لبنها، والله أعلم.





المانع الثالث
تلف المبيع عند المشتري

[م-٥٥٤] إذا اشترى الرجل السلعة، ثم وقف على عيب فيها، وقبل ردها تلفت عنده، سواء كان تلفها حسًا كالموت للدابة، والأكل للطعام، أو حكمًا كما لو أوقفها، أو وهبها، فهل يكون تلفها مانعًا من خيار الرد بالعيب؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

تلف المعقود عليه يسقط خيار العيب، ويمنع من الرد، وإلى هذا ذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والمشهور في مذهب الحنابلة[٤].

القول الثاني:

تلف المعقود عليه لا يمنع من الرد، وهو قول في مذهب الحنابلة[٥].

❑ دليل الجمهور على أن تلف السلعة يمنع من الرد:

أن رد الشيء يستلزم وجود العين المردودة، فإذا ذهبت العين فات الرد لفوات محله، وتعين الأرش.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، البحر الرائق (٦/ ٥٨)، المبسوط (١٣/ ١١٥).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ١٢٤)، الذخيرة (٥/ ٩٨).

(٣) السراج الوهاج (ص١٨٧)، المهذب (١/ ٢٨٦)، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٤)، مغني المحتاج (٢/ ٥٤)، الوسيط (٣/ ١٢٨).

(٤) المبدع (٤/ ٩٣)، الإنصاف (٤/ ٤١٩)، المغني (٤/ ١١٩)، الكافي (٢/ ٨٦).

(٥) الإنصاف (٤/ ٤١٩)، المغني (٤/ ١١٩)، قواعد ابن رجب (ص١٠٩).

قال الكاساني: «ومنها - أي من الموانع التي تمنع الرد - هلاك المبيع؛ لفوات محل الرد»[١].

❑ دليل من قال: هلاك المبيع لا يمنع من الرد:

إذا تعذر رد العين قامت القيمة مقام العين، كما أن ضمان المتلف إذا تعذر المثل، أو كان التالف قيميًا قامت القيمة مقام العين.

❑ الراجح من الخلاف:

أن هلاك العين يمنع من الرد، ويتعين أخذ الأرش، لقوة تعليلهم، ولأن إقامة القيمة مقام العين قد لا يرضي البائع، وقد يتنازعان في مقدار القيمة، والله أعلم.



(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣).

المانع الرابع
زوال العيب عند المشتري

[م-٥٥٥] إذا وجد المشتري عيبًا قديمًا في السلعة، ثم زال هذا العيب:

فإما أن يزول هذا العيب، والسلعة في يد البائع، وقبل أن يقبضها المشتري فإن البيع لازم للمشتري، ولا خيار له(١).

لأن المطلوب سلامة المبيع من العيوب عند التسليم، وقد حصل.

وإما أن يزول العيب بعد رد السلعة، وفسخ البيع، فإن زوال العيب أيضًا لا يؤثر على صحة الفسخ على الصحيح، فلا يكون البيع لازمًا للمشتري بعد فسخ العقد، خاصة إذا كان الفسخ بحكم قاض(٢).

قال ابن نجيم: «لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب، ثم زال العيب، لا يعود البيع، وإن زال المقتضي للفسخ»(٣).

ولأن اتفاقهما على رد المبيع بحكم الإقالة، فإذا اتفقا على ذلك فقد ارتفع حكم العقد فلا يعود إلا برضاهما.

وإما أن يزول العيب بعد المطالبة بالفسخ في زمن الخصومة، فهذا قد اختلف فيه الفقهاء:

قال السرخسي: «وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشتري في الرد»(٤).

---

(١) المبسوط (١٣/ ١٦٦)، أسنى المطالب (٢/ ٧٣).

(٢) المبسوط (٢٥/ ١٦٥).

(٣) البحر الرائق (٨/ ٤٩٤).

(٤) المبسوط (١٣/ ١١٤).

ومفهومه: أنه لو زال العيب بعد الخصومة لم يسقط حق المشتري في الرد، وهو اختيار أشهب من المالكية الذي أجاز الرد إذا زال العيب بعد المطالبة بالفسخ[١].

واختار ابن القاسم من المالكية، والنووي من الشافعية بأن زوال العيب في زمن الخصام مانع من الرد.

قال النووي: «لا فرق - يعني في كونه يمنع من الرد - بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به، أو بعد العلم به، وقبل الرد، في مدة طلب الخصم والقاضي»[٢].

وجاء في الشرح الكبير: «(و) منع من الرد بالعيب (زواله) أي العيب، قبل الرد، سواء زال قبل القيام به، أو بعده، وقبل الحكم عند ابن القاسم»[٣].

قال الدسوقي في حاشيته تعليقًا:

«قوله (أو بعده، وقبل الحكم) أي بأن زال في زمن الخصام، قوله (عند ابن القاسم) أي خلافًا لأشهب القائل: إن زواله بعد القيام، وقبل الحكم بالرد لا يمنع من رده»[٤].

فإن زال العيب قبل المطالبة بالفسخ، كما لو اشترى دابة، فوجدها مريضة، ثم إن الدابة تعافت من ذلك المرض قبل أن يطلب فسخ البيع، فهل يبطل خيار الرد بذلك؟

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ١٢٠).
(٢) المجموع (١١/ ٣٥٩).
(٣) الشرح الكبير (٣/ ١٢٠).
(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ١٢٠).

في ذلك خلاف بين العلماء:

القول الأول:

أن زوال العيب يمنع من الرد، مطلقًا، وهذا مذهب الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية[(٤)].

واشترط الحنفية والمالكية بألا يبقى أثر للعيب؛ لأن بقاء أثر العيب عيب، والعيب سبب للرد فأثره كذلك.

كما زاد المالكية شرطًا آخر: وهو ألا يكون الغالب عود العيب، فإن كان عوده غالبًا لم يمنع من الرد بالعيب.

---

(١) قال في الفتاوى الهندية (٣/ ٦٩): «لو وجد العيب القديم عند المشتري، ثم زال قبل أن يرده بطل خياره...».
وانظر بدائع الصنائع (٤/ ١٩٦)، المبسوط (١٣/ ١٦٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤٧، ٤٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٣٩)، البحر الرائق (٦/ ٣٩).

(٢) المدونة (٤/ ٣٣١)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٠٠)، شرح الخرشي (٥/ ١٣٥)، بلغة السالك (٣/ ١٠٠)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤٠)، مواهب الجليل (٤/ ٤٤٠).
وقال ابن جزي في القوانين (ص١٧٦): «المسقط الثاني: أن يزول العيب، إلا إذا بقيت علامته، ولم تؤمن عودته».

(٣) جاء في المحرر (١/ ٣٢٨): «وإذا صار لبن التصرية عادة، أو زال العيب قبل الفسخ سقط الخيار».
وانظر: كشاف القناع (٣/ ٢١٥)، الكافي في فقه ابن حنبل (٢/ ٨٩).

(٤) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٨٤): «فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان...
أحدهما: يسقط الخيار؛ لأن الخيار ثبت لدفع الضرر، وقد زال الضرر.
والثاني: لا يسقط؛ لأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضاه».
ونقل النووي في المجموع (١١/ ٣٥٨) أن القطع بسقوط الخيار هو المذهب.
وانظر فتح الوهاب (١/ ٢٩٣)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٨٦).

القول الثاني:

أن زوال العيب لا يسقط الخيار بعد ثبوته، وهذا أحد الوجهين في مذهب الشافعية[١]، واختيار ابن حزم[٢].

❑ وجه هذا القول:

علل ذلك ابن حزم بقوله: «له الرد... لأنه حين العقد وقع عليه غبن، فله ألا يرضى بالغبن إذا علمه، ولا يوجب سقوطَ ما له من الخيار... قرآنٌ ولا سنةٌ، وبالله تعالى التوفيق»[٣].

ولأن العيب لما زال في ملك المشتري كان ذلك نعمة حدثت في ملكه، والخلاف الحاصل بالعيب قد قابله جزء من الثمن؛ لأنه إنما بذل الثمن في مقابلة سليم، ولم يحصل[٤].

ويناقش:

بأن الخيار إذا كان قد ثبت لوقوع الغبن عليه، فإن الخيار يسقط بزوال الغبن، وقد زال، فالحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

❑ الراجح من أقوال أهل العلم:

بعد استعراض الأدلة أجد أن قول الجمهور بأن زوال العيب قبل المطالبة بالفسخ يمنع من رد السلعة بالعيب بشرط ألا يبقى أثر للعيب، ولا يخشى عود

(١) انظر الإحالة السابقة.
(٢) المحلى، مسألة: (١٥٧٨).
(٣) المحلى، مسألة: (مسألة: ١٥٧٨).
(٤) انظر المنثور في القواعد الفقهية (ص١٩٩).

العيب إلى السلعة، لأن كلًا منهما يعد عيبًا في السلعة، ومثله: لو أن المشتري حين علم بالعيب حدث عنده عيب جديد، وقلنا: إن حدوث عيب جديد عند المشتري يمنع من الرد، فإن العيب الحادث لو زال سريعًا رجع حق المشتري في رد السلعة، والله أعلم.



المانع الخامس
العلم بالعيب بعد زوال الملك بالبيع

[م-٥٥٦] إذا اشترى رجل سلعة معيبة، ثم باعها، أو وهبها، فإن كان وقت إخراجها من ملكه عالمًا بالعيب فإنه لا خلاف بين العلماء أن ذلك من المشتري يعتبر قبولًا بعيب السلعة، وقد تكلمت في فصل سابق أن المشتري إذا رضي بالعيب، أو تصرف تصرف الملاك من بيع ونحوه أن ذلك مانع من رد السلعة.

وأما إذا كان وقت إخراجها من ملكه لم يعلم بعيبها، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يخرج المبيع من ملكه، ولا يعود إليه منه شيء.

الحالة الثانية: أن يخرج المبيع من ملكه، ويعود كله إليه.

الحالة الثالثة: أن يخرج المبيع من ملكه، ويعود بعضه إليه.

وسوف نتكلم عن كل حالة على انفرد إن شاء الله تعالى، نسأل الله وحده، عونه وتوفيقه.

❀ ❀ ❀



الحال الأولى
أن يخرج المبيع من
ملكه ولا يعود إليه منه شيء

[م-٥٥٧] اتفق الفقهاء على أن المشتري لو لم يعلم بالعيب إلا بعد خروجه من ملكه، أن ذلك مانع من الرد لعجزه عن رده، بسبب زوال ملكه عن المبيع.

واختلفوا هل يستحق المشتري أن يأخذ أرش العيب من البائع؟ على قولين:

القول الأول:

لا يستحق الأرش، وهو قول أبي حنيفة(١)، ومالك(٢)، والشافعي(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٥٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٥)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٦٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤١).

(٢) انظر المدونة (٤/ ٣٢٤)، وجاء في التاج والإكليل (٤/ ٤٤٥): «قال اللخمي: من اشترى سلعة أو عبدًا، فوجد بها عيبًا بعد أن انتقل ملكه عنها، وصارت لآخر ببيع أو هبة، أو صدقة، أو عتق، أو دبر، أو كاتب، أو اتخذ أم ولد، فإن علم بالعيب قبل خروجه عن يده، ثم باع، أو وهب، لم يرجع بشيء. وإن لم يعلم رجع بقيمة العيب إذا وهب أو أعتق، واختلف في البيع: فقال مالك: لا يرجع بشيء، قال ابن القاسم: لأنه في بيعه على وجهين: إن باع بمثل الثمن، فقد عاد إليه ثمنه، وإن باع بأقل فإن النقص لم يكن من أجل العيب...».
وانظر الشرح الكبير (٣/ ١٢٥)، مواهب الجليل (٤/ ٤٤٥)، الذخيرة (٥/ ١٠٠).

(٣) الحاوي (٥/ ٢٥٥)، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٥)، المهذب (١/ ٢٨٦)، التنبيه (ص٩٤)، كفاية الأخيار (١/ ٢٤٥).

(٤) الإنصاف (٤/ ٤١٩)، المغني (٤/ ١١٧).

القول الثاني:

للمشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة[١]، واختاره ابن سريج من الشافعية[٢]، وابن حزم من الظاهرية[٣].

❑ وجه قول الجمهور على أن المشتري لا يرجع على البائع بشيء:

أن امتناع الرد لم يكن من قبل البائع، وإنما كان بفعل المشتري، لأنه بالبيع صار حابسًا للمبيع، فأشبه ما لو أتلف المبيع.

ولأنه لم ييأس من الرد، فقد يرجع إليه المبيع فيرده على بائعه.

ولا رجوع له بالنقصان: لأنه لولا تصرفه بالبيع لأمكن رد المبيع، وأخذ الثمن.

ولأنه استدرك ظلامته ببيعه، فَغَبَن كما غُبِن، فلم يكن له أرش.

❑ وجه قول الحنابلة:

استدل ابن قدامة للمذهب بقوله: «لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد، ولم يوجد منه الرضا به ناقصًا، فكان له الرجوع عليه، كما لو أعتقه. وقياس المذهب، أن له الأرش بكل حال، سواء باعه عالمًا بعيبه أو جاهلًا به؛ لأننا خيرناه ابتداء بين رده، وإمساكه وأخذ الأرش، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه؛ ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع، فلم يسقط ببيعه، ولا رضاه، كما لو باعه عشرة أقفزة، وسلم إليه تسعة، فباعها المشتري. وقولهم:

---

(١) الإنصاف (٤/ ٤١٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣)، المغني (٤/ ١١٧).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٤٧٥).

(٣) المحلى (مسألة: ١٥٧٣).

إنه استدرك ظلامته لا يصح، فإن ظلامته من البائع، ولم يستدركها منه، وإنما ظلم المشتري، فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له»[١].

وعلل ابن حزم قوله بأن من غبن في بيعه فإنه يرجع بقيمة الغبن[٢].

❑ **الراجح:**

بعد استعراض أدلة الأقوال أجد أن القول الثاني أقوى؛ لأننا نوجب الرد حين تكون السلعة قائمة، فلا نلزم البائع بالأرش مع إمكان رجوع المشتري بالثمن على البائع، أما وقد تعذر ذلك، فإن المشتري يستحق ما أوجبه له العقد، وهو جبر النقص الحاصل بالمبيع، وذلك بأخذ الأرش، والله أعلم.



---

(١) المغني (٤/ ١١٧).

(٢) المحلى (مسألة: ١٥٧٣).



الحال الثانية
أن يخرج المبيع من ملكه ويعود كله إليه

الفرع الأول
أن يرجع المبيع بسبب جديد كالبيع والهبة

اختلف الفقهاء فيما إذا اشترى رجل سلعة معيبة، ثم خرجت من ملكه ببيع ونحوه غير عالم بالعيب، ثم رجع إليه المبيع كاملًا بسبب جديد كالبيع والهبة ونحوهما، فهل يملك رد السلعة إلى البائع بذلك العيب؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ليس له أن يرده إلى بائعه الأول، وهذا مذهب الحنفية[١]، وإحدى الوجهين في مذهب الشافعية[٢].

القول الثاني:

له أن يرد السلعة إلى بائعها الأول، وهذا مذهب المالكية[٣]، والوجه الثاني في مذهب الشافعية[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥].

---

(١) المبسوط للشيباني (٥/ ١٨٤)، المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٣)، البحر الرائق (٦/ ٦٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٧)، فتح القدير (٦/ ٣٧٦).

(٢) الوسيط (٣/ ١٣٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٦)، مغني المحتاج (٢/ ٥٦)، المهذب (١/ ٢٨٦).

(٣) الذخيرة (٥/ ١٠٠)، الشرح الكبير (٣/ ١٢٥)، المقدمات (٢/ ١٠٩).

(٤) انظر الإحالات السابقة والمذكورة في الوجه الأول عند الشافعية.

(٥) الإنصاف (٤/ ٤٢٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣)، المغني (٤/ ١١٧).

❑ تعليل قول الحنفية ومن معهم:

التعليل الأول للحنفية:

أن المبيع وإن عاد إلى المشتري إلا أنه عاد إليه بسبب جديد كالبيع والإرث، فكأن ملكه للمبيع مبتدأ، لا علاقة له بالبيع السابق، وصار كأنه لم يملكه من قبل، بخلاف ما لو عاد إليه عن طريق القضاء فإنه يعتبر فسخًا للبيع الثاني، فكأن البيع الثاني لم يكن، فصار من حقه إذا رجع إليه عن طريق حكم القاضي أن يرده إلى البائع.

التعليل الثاني لبعض الشافعية:

أن رد المبيع إنما كان لاستدراك مظلمته من أجل الغبن الذي وقع عليه، فإذا غبن المشتري غيره ببيعه عليه فقد استدرك مظلمته، فإذا رجع إليه بعقد أو بسبب جديدين لم يكن له حق الرد، وذلك أنه قد استدرك مظلمته، بينما لو عاد إليه عن طريق فسخ البيع الثاني بقيت مظلمته، فجاز له رده.

❑ وجه قول المالكية ومن معهم:

أن المانع من الرد هو تعذر رده بزوال ملكه عنه، فإذا عاد إليه بأي سبب من الأسباب فقد تمكن من الرد، فكان ذلك من حقه أن يرده على بائعه الأول.

❑ الراجح من القولين:

إذا نظرنا إلى سبب الاختلاف، رأينا أن من قال: لا يملك رده إذا عاد إليه بسبب جديد أنه نظر إلى أن المانع من الرد: هو استدراك مظلمته ببيعه بعيبه، فإن كان قد غبن على البناء للمجهول، فقد غبن هو غيره، ومن قال: يملك رده نظر إلى أن المانع من الرد: هو تعذر الرد بزوال الملك، فإذا تمكن من الرد فله

ذلك، وأرى أن هذا التعليل أقوى من التعليل السابق، فإن استدراك مظلمته لم يكن عن طريق البائع الأول حتى يتعذر الرد، وهو معذور عند بيعه دون أن يطلع المشتري الثاني على العيب لكونه لم يعلم بالعيب، والله أعلم.





الفرع الثاني
أن يرجع المبيع بسبب فسخ العقد

[م-٥٥٨] إذا اشترى رجل سلعة معيبة، ولم يعلم بعيبها حتى باعها، ثم رجعت إليه السلعة، فإن رجعت إليه قبل أن يقبض المشتري الثاني المبيع فلا خلاف في أن له أن يرد السلعة إلى بائعها الأول.

قال الكاساني: «لو باعه المشتري، ثم رد عليه بعيب، فإن كان قبل القبض له أن يرده على بائعه، سواء كان الرد بقضاء القاضي، أو بالتراضي بالإجماع»(١).

وإن رجعت إليه ببيع جديد، أو إرث، أو هبة، فقد سبق الكلام على ذلك في الفصل السابق.

[م-٥٥٩] وإن رجعت إليه عن طريق القضاء، كما لو حكم القاضي بفسخ العقد، فلا خلاف بين الفقهاء أن للمشتري أن يرد السلعة إلى البائع الأول؛ لأن القاضي قد حكم بفسخ العقد، وإذا فسخ العقد صار كأن لم يكن.

قال الكاساني: «وإن كان - أي رد المشتري الثاني للسلعة المعيبة - بعد القبض، فإن كان بقضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف»(٢).

[م-٥٦٠] وإن رجعت عن طريق التراضي بين المتعاقدين، فقد اختلف العلماء، هل للمشتري أن يرد السلعة إلى البائع الأول أو ليس له ذلك؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢).

(٢) المرجع السابق.

القول الأول:

ليس له الرد، وهذا مذهب الحنفية[١].

القول الثاني:

له الرد، وهذا مذهب الجمهور من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

❑ وجه قول الحنفية:

أن الرد إذا كان عن طريق التراضي فهو بمنزلة الإقالة، والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدأ، وإن كانت فسخًا في حقهما[٥].

قال الكاساني: «القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق غيرهما، فصار كما لو عاد إليه بشراء، ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا، والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين: أن معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة، فكان الرد عند التراضي بيعًا لوجود معنى البيع فيه، إلا أنه أعطي له حكم الفسخ في حق العاقدين، فبقي بيعًا جديدًا في حق غيرهما، بمنزلة الشراء المبتدأ، ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة، وحق

(١) البحر الرائق (٦/ ٦٠)، المبسوط (١٣/ ١٠٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢).

(٢) الذخيرة (٥/ ١٠٠)، الشرح الكبير (٣/ ١٢٥)، المقدمات (٢/ ١٠٩)، الخرشي (٥/ ١٣٩، ١٤٠)، منح الجليل (٥/ ١٧٨، ١٧٩)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤٥)، جامع الأمهات (ص٣٦٠)، مواهب الجليل (٤/ ٤٤٤، ٤٤٥).

(٣) الحاوي (٥/ ٢٥٦)، الوسيط (٣/ ١٣٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٦)، مغني المحتاج (٢/ ٥٦)، المهذب (١/ ٢٨٦)، السراج الوهاج (ص١٨٧).

(٤) الفروع (٤/ ١٠٧)، الإنصاف (٤/ ٤٢٠).

(٥) انظر المبسوط (١٣/ ١٠٣).

الشفعة إنما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي؛ لأنه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا؛ لانعدام التراضي فكان فسخًا، والفسخ رفع العقد من الأصل، وجعله كأن لم يكن، ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة»(١).

ويجاب:

بأننا لا نسلم بأن المبيع إذا عاد عن طريق التراضي يكون بيعًا، بل هو فسخ للعقد بتراضيهما، وعلى التنزل فإننا لا نسلم أن المبيع إذا عاد بالبيع ونحوه أن المشتري لا يملك رد المبيع على البائع الأول، وقد ناقشنا ذلك في المسألة السابقة، وذكرنا أن المانع من الرد هو تعذر الرد، فإذا تمكن من الرد برجوع المبيع إليه بأي سبب كان، فله أن يرفع الظلم عن نفسه، والله أعلم.

❑ وجه قول الجمهور:

أن المانع من الرد هو تعذر رده بزوال ملكه عنه، فإذا عاد إليه بأي سبب من الأسباب فقد تمكن من الرد، فكان ذلك من حقه أن يرده على بائعه الأول.

❑ الراجح:

الذي أميل إليه هو قول الجمهور، بأن المبيع إذا عاد إلى البائع الأول، ولم يتغير، فإن له رده على صاحبه، والرجوع بالثمن، والله أعلم.



---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢).



الحال الثالثة
أن يخرج بعض المبيع من ملك المشتري ويبقى بعضه

[م-٥٦١] إذا اشترى رجل سلعة معيبة لم يعلم بعيبها، حتى خرج بعضها من ملكه، ثم علم بعد ذلك، فهل خروج بعض المبيع من ملكه مانع من رد السلعة، أو له أن يرد بعض السلعة المعيبة؟

وللجواب على ذلك يقال:

إن كان لا يلحق البائع ضرر في تفريق الصفقة عليه، ولا ينقص ذلك من ثمن المبيع، فإن له أن يرد الجزء المعيب من السلعة، كما لو اشترى رجل شاتين، وكانت قيمتهما سواء، فوجد في أحدهما عيبًا، كان له رد ما وجد معيبًا بحصته؛ لأنه لا ضرر على المشتري حينئذ في تفريق الصفقة، وهذا قول الحنفية، وأحد القولين في مذهب الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة رجحها ابن قدامة[١].

واشترط الحنفية أن يكون تفريق الصفقة بعد تمام القبض، فلو قبض بعض المبيع، ثم وجد في بعضه عيبًا رده كله.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٨)، البحر الرائق (٦/ ٦٨)، التاج والإكليل مطبوع بهامش مواهب الجليل (٤/ ٤٥٩)، الشرح الكبير (٣/ ١٣٤)، مواهب الجليل (٤/ ٤٥٩)، الخرشي (٥/ ١٤٧)، الحاوي (٥/ ٢٥٦)، التنبيه (ص٩٤)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ٦٠).

قال في الإنصاف (٤/ ٤٢١): «وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق، فهل له رد العين الباقية في ملكه، يتخرج على الروايتين في تفريق الصفقة... وعنه له رده بقسطه، اختاره الخرقي، وهو قول المصنف...». وانظر المغني (٤/ ١١٧، ١١٨).

واختار الشافعية المنع من تفريق الصفقة إن كان الباقي باقيًا في ملكه، والمنع كذلك من تفريق الصفقة في أصح القولين إن كان الباقي زائلًا عن ملكه.

قال النووي: «وليس له رد بعضه إن كان الباقي باقيًا في ملكه، لما فيه من التشقيص على البائع... وإن كان الباقي زائلًا عن ملكه، بأن عرف العيب بعد بيع بعض المبيع، ففي رد الباقي طريقان:

أحدهما: على قولي تفريق الصفقة.

وأصحهما: القطع بالمنع كما لو كان باقيًا في ملكه»[١].

وهو قول في مذهب الحنابلة[٢].

[م-٥٦٢] وإن كان التفريق يلحق بالبائع ضررًا، كما لو كان المبيع مكيلًا أو موزونًا، فإنه إذا أمسك الجيد، ورد المعيب قد يلحق البائع ضرر من ذلك، فهل له أن يرد المعيب فقط؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ليس له الرد، وهذا مذهب الحنفية[٣]، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية[٤]، وقول في مذهب الحنابلة، . . . .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٨٨)، وانظر التنبيه (ص٩٤)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ٦٠)، الوسيط (٣/ ١٣٠).

(٢) المغني (٤/ ١١٧، ١١٨)، الإنصاف (٤/ ٤٢١)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣).

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٨)، لسان الحكام (ص٣٥٨)، المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٢)، المبسوط للشيباني (٥/ ١٨٤)، البحر الرائق (٦/ ٦٩).

(٤) قال في المجموع (٩/ ٤٨٢): «من اشترى عبدين، فوجد بأحدهما عيبًا، هل له إفراده بالرد؟ الأصح ليس له». =

رجحه ابن قدامة[١].

القول الثاني:

له الرد، وهو مذهب المالكية[٢]، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[٣]، وقول في مذهب الحنابلة، اختاره الخرقي[٤].

واشترط المالكية ثلاثة شروط للرد:

الأول: ألا يكون المعيب أكثر الصفقة، بأن ينوبه من الثمن أكثر من النصف، ولو يسيرًا، فإن كان المعيب أكثر الصفقة فإما أن يمسك الجميع، أو يرد الجميع؛ لأنه لا يجوز التمسك بالأقل إذا عيب الأكثر.

الشرط الثاني: ألا يكون بعض المبيع لا يستغني عن الآخر إما حقيقة كالخفين، والنعلين، والمصراعين، أو حكمًا كالقرطين، والسوارين، فإذا كان المعيب أحد مزدوجين فليس له رد المعيب بحصته من الثمن، والتمسك بالسليم، ولو تراضيا على ذلك؛ لما في ذلك من الفساد الذي منع الشرع منه.

الشرط الثالث: ألا يترتب على التفريق محذور شرعي، كما لو كان المعيب أُمًّا وولدها، فإذا وجد العيب بأحدهما، وجب ردهما معًا، أو التمسك بهما معًا[٥].

= وانظر المهذب (١/ ٢٨٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨٨)، التنبيه (ص٩٤)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ٦٠)، الوسيط (٣/ ٩٣).

(١) المغني (٤/ ١١٧، ١١٨)، الإنصاف (٤/ ٤٢١)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٥٩)، الخرشي (٥/ ١٤٧)، الشرح الكبير (٣/ ٧٤)، منح الجليل (٥/ ٧٢).

(٣) المهذب (١/ ٢٨٤)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ٦٠).

(٤) المغني (٤/ ١١٧، ١١٨)، الإنصاف (٤/ ٤٢١)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٣).

(٥) المدونة (٤/ ٣٤٢)، الخرشي (٥/ ١٤٧، ١٤٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٥)، مواهب الجليل (٤/ ٤٦٠، ٤٦١).

❑ **وجه قول من قال: ليس له حق الرد:**

أن البائع يتضرر برجوع بعض المبيع إليه، وذلك أنه إذا أمسك الجيد، ورد المعيب فإن الرديء قد لا يجد من يشتريه؛ أو يشتريه بأقل من ثمنه؛ وهذا ضرر عليه، والضرر مرفوع في الشريعة، ولأن من عادة التجار أن الجيد يسوِّق الرديء، فإذا رد الرديء وحده حصل له من الضرر ما ذكرنا، والله أعلم.

❑ **وجه قول من قال: له رد المعيب وحده:**

أن العيب قد اختص بأحدهما، فجاز أن يفرده بالرد.

ولأن خيار العيب إنما شرع لاستدراك الضرر الذي قد يحصل للمشتري من تعيب المبيع، فإذا قلنا: إن الرد يفوت على المشتري في هذه الحالة حصل له ضرر بذلك.

الترجيح:

بعد استعراض القولين، أجد أن القول بعدم الرد إذا ترتب على تفريق الصفقة ضرر على البائع هو الأقوى حجة، وذلك أن الضرر لا يمكن أن يزال بالضرر، وما يقال عن ضرر المشتري فإنه يمكن دفعه بتقدير الأرش، والله أعلم.

فرع
إذا تعدد العاقد مع اتحاد الصفقة

[م-٥٦٣] إذا اشترى رجلان أو أكثر من واحد عينًا، فظهر بها عيب، فأراد أحدهم رد حصته، بينما أراد الآخر إمساك حصته، فهل اختلافهما يمنع من رد السلعة المعيبة على البائع؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا ينفرد أحدهما بالرد دون صاحبه، وهذا قول أبي حنيفة(١)، وأحد القولين في مذهب مالك(٢)، والقول القديم للشافعي(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

القول الثاني:

ينفرد المستحق بالرد دون صاحبه، وبهذا القول أخذ أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وابن أبي ليلى(٥)، وهو الراجح في مذهب المالكية(٦)،

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٨٠)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٥)، المبسوط للشيباني (٥/ ٢٠٠، ٢٠١).

(٢) جاء في القوانين الفقهية (ص١٧٦): «إذا اشترى رجلان شيئًا في صفقة واحدة، فوجدا بها عيبًا، فأراد أحدهما الرد، والآخر الإمساك، فلمن أراد الرد أن يرد وفاقًا للشافعي، وقيل: ليس له الرد وفاقًا لأبي حنيفة».

(٣) المجموع (١١/ ٣٨١).

(٤) الإنصاف (٤/ ٤٢٨)، الكافي (٢/ ٨٨).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٢١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٢)، فتح القدير (٦/ ٣٣١).

(٦) تهذيب المدونة (٢/ ٤١).

وأظهر القولين في مذهب الشافعية(١)، والمذهب عند الحنابلة(٢)، ورجحه ابن حزم(٣).

❑ وجه قول من قال: لا ينفرد بالرد:

أن المبيع خرج من ملك البائع دفعة واحدة، غير متشقص، فإذا رد أحدهما نصيبه رد المبيع ناقصًا، وتفريق الصفقة يلحق الضرر بالبائع، وحق الرد بالعيب إنما ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع، وفي رد أحدهما نصيبه إضرار بالبائع، إذ المبيع خرج من ملكه غير متعيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما لرده معيبًا بها(٤).

ولأن خيار الرد بالعيب تصرف يحتاج فيه إلى الرأي، كالبيع، والخلع، ونحوهما، وكل ما هو كذلك إذا فوض إلى رجلين لا يستقل واحد منهما فيه، كالوكالة، فإنه إذا وكل رجلين بالبيع ونحوه لا يقدر أحدهما على التصرف بدون الآخر؛ لأن الموكل رضي برأيهما، لا رأي أحدهما.

❑ وجه قول من قال: له أن ينفرد بالرد:

ثبوت خيار العيب لهما يعني ثبوته لكل واحد منهما؛ لأنه شرع لدفع الغبن، وكل واحد منهما محتاج إلى دفعه عن نفسه، فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده، ويلحقه به ضرر.

---

(١) الأم (٧/ ٩٨)، المجموع (١١/ ٣٨١)، أسنى المطالب (٢/ ٧١)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨٩)، الوسيط (٣/ ١٣٥)، التنبيه (ص٩٤).

(٢) الإنصاف (٤/ ٤٢٨)، الكافي (٢/ ٨٨)، المحرر (١/ ٣٢٦)، المغني (٤/ ١١٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٥).

(٣) المحلى (مسألة: ١٥٨٣).

(٤) انظر تبيين الحقائق (٤/ ٢٢، ٢٣).

ولأنه إذا رد أحدهما نصيبه فقد رد جميع ما ملك، وملكه مستقل عن ملك صاحبه، فصفقة كل واحد منهما غير صفقة الآخر.

❑ الراجح:

الخلاف في المسألة مبني على القول بتفريق الصفقة، وتفريق الصفقة إذا كان في تفريقها ضرر على البائع، فإنه لا يدفع الضرر عن المشتري بارتكاب الضرر على البائع، خاصة أن ضرر المشتري يمكن دفعه بتقدير الأرش، وإذا لم يكن هناك ضرر في تفريق الصفقة، فالقول بأن لأحدهما أن ينفرد بالرد له قوة، والله أعلم.





الفصل الثاني
خيار فوات الوصف أو الشرط

المبحث الأول
تعريف خيار فوات الوصف أو الشرط

خيار فوات الوصف أو الشرط يعتبر من خيار النقيصة وليس من خيار التروي.

وقد قيل في تعريفه:

هو حق الفسخ لتخلف شرط صحيح، أو وصف مرغوب فيه اشترطه العاقد في المعقود عليه.

مثال فوات الشرط: أن يبيعه بشرط الأجل، أو الرهن، أو الكفيل.

ومثال فوات الوصف: أن يشتري دابة بشرط أن تكون صغيرة، أو حصانًا بشرط أن يكون عربيًا، أو كلبًا بشرط أن يكون معلمًا.

وقد ذكرت هذا الخيار بعد خيار العيب لوجود شبه بينهما، وإن كان فوات الوصف والشرط لا يعتبر عيبًا.

ولكن لما كان العيب: هو نقص في المعقود عليه، وفوات ما التزم به بالشرط أو بالوصف في المعقود عليه يعتبر نقصًا في المعقود عليه، فكان بينهما شبه من هذه الناحية، أو يقال: إن وجود العيب هو من باب فوات صفة مشروطة في العقد دلالة، وهي صفة السلامة من العيب؛ لأن العقد المطلق يقتضي السلامة من العيب، ولهذا ثبت خيار الرد في فوات الشرط والصفة كما ثبت في خيار

العيب، بل إن ثبوت الخيار في فوات الشرط أو الصفة أولى منه في خيار العيب، ولذلك قال القرافي وهو يبين سبب خيار النقيصة: خيار «الشرط - يعني: فواته يوجب الخيار- وهو الأصل؛ لأنه تصريح، وما عداه - يعني من العيوب والتغرير - ملحق به، تنزيلًا للسان الحال منزلة لسان المقال»[1].

وقال الغزالي فيما نقله السبكي عنه، قال: «الالتزام الشرطي هو الأصل، وما عداه - يعني من خيار العيب والتصرية - ملحق به»[2].

والقول بخيار فوات الوصف أوسع من القول بخيار فوات الشرط؛ وذلك لأن هناك من المذاهب من ضيق الشروط في البيع، وتبنى نظرية النهي عن بيع وشرط، ولذلك عند بحث خيار فوات الشرط، نقول ونحن نستعرض رأي المذاهب الفقهية أن ذلك متصور فقط في شرط يكون اشتراطه مقبولًا لدى الفقهاء بالاتفاق كما لو اشترط الأجل، أو الرهن، أو الكفيل، ونحو ذلك من الشروط التي لا نزاع في اشتراطها لدى سائر الفقهاء، بخلاف الشروط المختلف فيها، فإننا لا نمثل لها هنا.



---

(١) الذخيرة (٥/ ٥٣).

(٢) تكملة المجموع (١٢/ ١٢).

المبحث الثاني
شروط الوصف المعتبر اشتراطه

[م-٥٦٤] يشترط في الوصف الذي يعتبر فواته موجبًا للخيار شروط، منها:

الشرط الأول:

أن يكون المطلوب وجوده وصفًا، وقد عرفه ابن عابدين، بأن الوصف ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر، كالجودة، وذلك لأن المشروط صفة محضة للمعقود عليه، أما لو كان ملكية عين أخرى، أو منفعة، ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف، فليس من باب فوات الوصف، وإنما هو من باب الشروط، ولهذا التعليل ذهب الحنفية إلى فساد اشتراط كون الشاة حاملًا؛ لأن ذلك ليس بوصف، بل اشتراط مقدار من البيع مجهول، وضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولًا.

وقد سبق لنا ذكر الخلاف في اشتراط الحمل في الدابة، فأغنى عن إعادته هنا.

الشرط الثاني:

أن يكون الوصف من الأوصاف المباحة في الشرع، فاشتراط وصف غير معتبر شرط لاغٍ، كما لو اشترط أن يكون الكبش نطاحًا، أو الديك صائلًا[١].

الشرط الثالث:

أن يكون الوصف منضبطًا، بحيث يمكن معرفته، والتحقق من وجوده إذا

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)، البحر الرائق (٥/ ٢٨١)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ١٨٣)، المجموع (٩/ ٣٠٧)، أسنى المطالب (٢/ ١٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٨)، المغني (٤/ ١١٦).

وجد، والحكم بتخلفه إذا لم يوجد، فلا يصح أن يشترط في الديك أن يوقظه للصلاة، وهكذا كل وصف يكون في اشتراطه غرر، أو الوقوف عليه غير ممكن فاشتراطه يفسد البيع[١].

الشرط الرابع:

أن يشترط ما له فيه غرض صحيح، وله مالية يصح التزامها، فهذا يثبت الخيار بتخلفها بالاتفاق، فإن اشترط ما لا غرض فيه ولا مالية كما لو اشترط أن يكون مشوه الخلقة، لم يثبت له الخيار بفواته لعدم الفائدة.

وإن اشترط ما فيه غرض، ولكن ليس له مالية، كالثيابة في الجارية، والكفر في العبد، فقولان في مذهب المالكية والشافعية، والصحيح أن فواته يوجب له الخيار؛ لأن الأصل في الشروط الصحة، فإذا التزم العاقد للآخر شرطًا له فيه غرض صحيح، وجب التزامه، كما لو قال: اشترطت أن تكون ثيبًا ليمين في ذمتي ألا أطأ بكرًا، أو قال: اشترطت كفره بقصد أن أزوجه أمة كافرة.

وإن ظهر المبيع أعلى مما اشترط فلا خيار للمشتري، كما لو اشترط أن يكون العبد أميًا، فبان كاتبًا، إلا أن يتعلق بشرطه غرض متجه[٢].



(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩)، المغني (٤/ ١١٦).

(٢) المبسوط (١٣/ ١٠٦)، الذخيرة (٥/ ٥٣)، التاج والإكليل (٤/ ٤٢٧)، مواهب الجليل (٤/ ٤٢٨)، الشرح الصغير (٣/ ٢٣١)، الشرح الكبير (٣/ ١٠٠)، جامع الأمهات (ص٣٥٨)، الوسيط (٣/ ١١٩)، المجموع (٩/ ٤٤٧)، وانظر الموسوعة الكويتية (٢٠/ ١٥٩).

المبحث الثالث
مشروعية خيار فوات الوصف أو الشرط

[م-٥٦٥] ذهب عامة الفقهاء إلى أن فوات الشرط الصحيح يجعل الخيار لصاحب الشرط، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخ.

قال في الهداية: «فوات الشرط بمنزلة العيب»(١).

وإذا كان فواته بمنزلة العيب أصبح يوجب فواته ما يوجبه وجود العيب من ثبوت الخيار لصاحبه.

وقد نص الحنفية والشافعية والحنابلة على أن البائع لو اشترط على المشتري رهنًا، فامتنع المشتري، فإن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع، ولا يجبر من شرط عليه ذلك القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ(٢).

وقال المالكية: توقف السلعة حتى يقبض الرهن(٣).

وأما فوات الوصف المرغوب فإن الفقهاء كلهم متفقون على ثبوت الخيار إذا فات على صاحبه.

قال ابن قدامة: «إذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده

---

(١) الهداية (٣/ ٣٦).

(٢) فتح القدير (١٠/ ١٦٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧١)، الأم (٣/ ١٤٩)، مغني المحتاج (٢/ ٣٢)، المغني (٤/ ٢٤٥)، مجلة الأحكام الشرعية (٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥)، المبدع (٤/ ٥٢).

(٣) الخرشي (٥/ ٨٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٧).

عيبًا صح اشتراطه، وصارت مستحقة، يثبت له خيار الفسخ عند عدمها، فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ، والرجوع بالثمن، أو الرضا به، لا نعلم بينهم في هذا خلافًا؛ لأنه شرط وصفًا مرغوبًا فيه، فصار بالشرط مستحقًا»[١].

قال ابن عابدين: «لو اشترى دابة، فوجدها كبيرة السن ليس له الرد، إلا إذا اشترط صغرها. . . فله الرد؛ لفقد الوصف المرغوب»[٢].

وقال الكرابيسي: «فوت الصفة في المبيع يوجب خيارًا، ولا يوجب غرمًا»[٣].

وقال القرافي: «مهما شرط وصفًا يتعلق بفواته نقصان مالية ثبت الخيار بفواته»[٤].

وقال في نهاية الزين: «إذا شرط العاقد وصفًا مقصودًا، ككون العبد كاتبًا، وكون الأمة حاملًا، أو ذات لبن. . فيصح العقد مع ذلك الشرط؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ويثبت لمشتر الخيار فورًا إذا لم يوجد الشرط الذي شرطه»[٥].

وأما النقل عن الحنابلة فقد سبق لنا أن نقلنا كلام ابن قدامة، وأن الفقهاء متفقون على أن من شرط وصفًا مرغوبًا فيه، فإن له الخيار متى بان خلاف ما اشترطه.

---

(١) المغني (٤/ ١١٥).
(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤)، وانظر المبسوط (١٣/ ١٢).
(٣) الفروق (٢/ ١١٩).
(٤) الذخيرة (٥/ ٥٣)، وقال ابن جزي في القوانين (ص١٧٥): «إن شرط وصفًا يزيد في الثمن. . . ثم خرج بخلاف ذلك فللمشتري الخيار».
(٥) نهاية الزين (ص٢٣٣)، وانظر مغني المحتاج (٢/ ٣٤، ٣٥)، الوسيط (٣/ ١١٩).

المبحث الرابع
أحكام خيار فوات الشرط أو الصفة المقصودة

لا تختلف أحكام الخيار في فوات الشرط أو الصفة عن أحكامه في خيار العيب، فما اتفقوا عليه هناك اتفقوا عليه هنا، وما اختلفوا فيه هناك اختلفوا فيه هنا.

[م-٥٦٦] فقد أجمعوا على أن الخيار هنا يورث كما أجمعوا على ذلك في خيار العيب؛ لأن فوات الشرط أو الصفة يعني فوات جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا استحقه المشتري موصوفًا بذلك الوصف فالوارث يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء الفائت(١).

[م-٥٦٧] واختلفوا هل هذا الخيار على الفور، أو هو على التراخي كاختلافهم في خيار العيب(٢).

[م-٥٦٨] واختلفوا هل له أخذ الأرش مع الإمساك(٣)، كاختلافهم في خيار العيب.

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ٢٣)، فتح القدير (٦/ ٣٣٢)، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣١١)، المبسوط (١٣/ ٤٣)، البحر الرائق (٦/ ١٩)، الذخيرة (٨/ ١٠١)، المجموع (٩/ ٢٥١).

(٢) انظر الكلام على هذه المسألة في خيار العيب، فقد قدمنا أن الأقوال ثلاثة: أن الخيار على التراخي، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة.
وقيل: إنه على الفور، وهذا مذهب الشافعية.
وقيل: يوقت بيوم أو يومين، وهذا مذهب المالكية.

(٣) القائلون بأخذ الأرش هم الحنابلة، وفي المذهب قولان:
الأول له أن يأخذ الأرش إلحاقًا له بالعيب، وهذا هو المذهب. =

وهكذا القول بسائر الأحكام فما يسقط به خيار العيب يسقط به خيار فوات الشرط أو الصفة.

ولذلك قال في الهداية: «فوات الشرط بمنزلة العيب»(١).

[م-٥٦٩] وإن كان هناك اختلاف فربما أن خيار العيب يثبت بلا اشتراط، وأما الشرط أو الصفة فلا يستحقهما المشتري إلا إذا كان هناك شرط، فإذا لم يكن هناك شرط لم يكن هناك خيار؛ لأن فوات الشرط أو الصفة لا يعتبر عيبًا، فيحتاج العاقد إلى اشتراطهما لوجوب استحقاقهما.

ولذلك قال ابن عابدين: «لو كانت الدابة بطيئة السير لا ترد إلا إذا اشترط أنها عجول؛ لأن بطء السير ليس الغالب عدمه... ولو اشترى دابة، فوجدها كبيرة ليس له الرد إلا إذا اشترط صغرها... فله الرد لفقد الوصف المرغوب»(٢).



= والثاني: ليس له أخذ الأرش إلحاقًا له بالتدليس.

انظر المبدع (٤/ ٢٠٩)، الإنصاف (٤/ ٣٤٠)، مجلة الأحكام الشرعية، مادة (٤٦٣، ٤٦٤).

وقد نص الحنابلة على أنه يتعين الأرش إذا تعذر الرد، مجلة الأحكام الشرعية، مادة (٤٦٥).

(١) الهداية (٣/ ٣٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤)، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٩٩)، وللسيوطي (ص٩٦).

المبحث الخامس
حد الفوت في الشرط أو الصفة

[م-٥٧٠] يكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم، ولا يشترط النهاية فيها.

فإذا اشترط أن يكون الكلب صائدًا، فوصف الصيد له مفهوم، وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاض على الصيد والائتمار بأمر مرسله، بحيث يرجع إن استدعاه، وينطلق إذا أغراه، فمتى وجد هذا الوصف، ولو لم يكن بالصورة المثلى التي يندر معها إفلات الفريسة منه لم يكن له حق الرد[١].

***

(١) فتح القدير (٦/ ٣٣٣)، البحر الرائق (٦/ ٢٦)، روضة الطالبين (٣/ ٤٦٠)، المجموع (١١/ ٥٧٥)، الموسوعة الكويتية (٢٠/ ١٦١).



فهرس المحتويات